

EL DERECHO DEL CONSUMO COMO EL NUEVO DERECHO DE OBLIGACIONES ESPECIFICADO

10

Caso 10: La empresa V dedicada a la fabricación de panela a nivel nacional se vio afectada luego que se decomisara en algunas ciudades del país una parte de su mercancía (alrededor del 2%), pues se evidenció —a través de exámenes científicos— que algunos lotes de panela contenían una sustancia prohibida y tóxica. A raíz de este estudio se inició una campaña de desprestigio y de bloqueo a la empresa V —por parte de una federación que agrupa a los productores— para que los consumidores no compraran sus productos, tergiversando la información²⁵⁷.

Indicación: ver Corte Constitucional. Sentencia T-333 de 2000. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

El mundo moderno esta bajo la estructuración de un modelo económico claramente liberal, las posturas económicas del mundo globalizado ratifican y exigen, día tras día, la apertura económica de todos los Estados que deseen que sus mercados se incrusten en la globalización tanto porque lo consideran necesario, o porque se les es imposible escapar a la tendencia en la que se dirige todo el globo.

La globalización debe ser entendida como un proceso de naturaleza económica y política, que se rige por los “siguientes factores: a) la expansión del comercio internacional y el desarrollo del mercado global basado en una estructura de

.....
²⁵⁷ Corte Constitucional. Sentencia T-333 de 2000. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

producción postfordista o bien post industrial; b) la creciente homogeneidad de estándares culturales y estándares de consumo; c) el debilitamiento de la idea Estado-Nación para el beneficio de los agentes económicos del nuevo mercado global; d) desarrollo de bloques comerciales²⁵⁸.

Dada la dinamización que ha sufrido el mundo en la macro-producción de bienes y servicios, las relaciones mercantiles que regían décadas atrás han cambiado drásticamente. Los vínculos mercantiles de la actualidad están diseñados para orquestarse desde la libre competencia y la menor intervención Estatal posible. Los lazos mercantiles que se han extendido a lo largo del globo bajo las directrices de la negociación, han generado que las formas propias en la que se configuraban los agentes que intervenían en el mercado hayan cambiado, y se hayan transformado con miras a adaptarse a las nuevas circunstancias del intercambio mercantil.

Los cambios que se desarrollaron en las nuevas relaciones entre consumidor y el mercado debido a la globalización se pueden clasificar de la siguiente manera²⁵⁹:

1. Modificaciones en las etapas de la producción y en el mercado de consumo a consecuencia de la introducción de la tecnología.
2. Cambios en las prácticas de consumo contractuales.
3. La aparición de las denominadas prácticas abusivas contrarias a las reglas del mercado impuestas por la legislación en materia de defensa de la competencia.
4. El crecimiento del mercado regional y la importancia de las agencias reguladoras.
5. Mayor competitividad de los mercados haciéndose necesario la existencia de normas tendientes a proveer una seguridad jurídica tanto a los mercados como al consumidor.

Dada la transformación que el mundo vive tan afanosamente por incluir a todo el globo en el frenesí del comercio, la figura del consumidor ha adquirido una nueva importancia en el panorama internacional. La protección al consumidor es hoy día algo fundamental, ya que se entiende claramente que el consumidor es el motor fundamental que dinamiza la economía, y que es por medio de él que el sistema

258 Macedo Junior, Ronaldo Porto. Globalización y derechos del consumidor. Revista de Derecho del Consumidor, Brasília: FESMPDFT, v. 32, no. 1, 1999. P. 45-54.

259 Mac Donald, Andrea. La influencia de la globalización en el mercado y en el consumidor. Artículo publicado en el suplemento de consumidor y defensa de la competencia. Revista jurídica digital patagónica legal. 2006.

•El derecho del consumo como el nuevo derecho de obligaciones especificado•

sigue su rumbo, además sin olvidar que dejar al consumidor en una relación de igualdad con los agentes productivos, es desequilibrar enormemente la relación contractual que se puede generar entre ellos, ya que los grandes agentes casi siempre procederán a utilizar su posición dominante en perjuicio de los consumidores.

Establecido el panorama de forma general frente al derecho de consumo, es innegable que este trasciende contundentemente al Derecho Civil y al Derecho Comercial, ya que es por medio de ellos que todas las negociaciones se rigen, y la actividad comercial se regula, generando una retribución y distribución de bienes y servicios en búsqueda de la satisfacción de sus necesidades²⁶⁰. También es indiscutible que por medio de la regulación privada, los agentes que se involucran en el comercio encuentran las bases para solucionar sus controversias de forma pacífica, siendo esto aplicable tanto a las grandes compañías, como a los consumidores. Dada esta importancia, es necesario proceder a su más profundo y exhaustivo análisis para determinar su verdadero impacto en el ordenamiento jurídico Colombiano.

Caso 11: una persona parte dentro de un proceso penal, ante la orden del juez de prestar caución como medida para poder embargar los bienes de un tercero civilmente responsable, se dispone a comprar la póliza; empero, varios agentes de seguros se negaron a vendérsela por estar ordenada contra una empresa aseguradora. Ante la petición de información a las entidades aseguradoras para exponer la razón para no contratar, estas dijeron que se reservaban el derecho del riesgo de su expedición. La negativa se daba en virtud de que existe un acuerdo entre las diferentes compañías aseguradoras para no vender seguros cuando por el eventual perjuicio tendría que responder otra aseguradora²⁶¹.

Indicación: Corte Constitucional. Sentencia T-517 de 2006. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

260 Plata López, L. *Responsabilidad por productos defectuosos: Algunos comentarios de la Corte Suprema de Justicia Colombiana*. En V. Monsalve Caballero & L. Escobar, *La responsabilidad una mirada desde lo público y lo privado*. Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá. 2009.

261 Corte Constitucional. Sentencia T-517 de 2006. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Generalidad del Derecho del consumo

El progreso de la legislación comercial, ha sido impulsado en gran parte por las demandas de un nuevo modelo de mercado, en el que las barreras intervencionistas y proteccionistas del Estado, tienden en algunos casos a desaparecer. En este contexto, el concepto de protección del consumidor surge como un mecanismo en virtud del cual, el Estado busca proteger a sus consumidores. El nuevo modelo de mercado ha sido influenciado por los sistemas jurídicos internacionales y se enfrenta hoy día al concepto de liberalidad del mercado, a la noción de “mano invisible” y al intervencionismo del Estado, en una economía que no puede ser regulada íntegramente en el derecho civil y en el derecho comercial²⁶².

En este sentido, la definición de consumidor es un concepto dinámico, que puede acomodarse a diferentes disciplinas, es decir, es un tema que se estudia en el Derecho, por ser esta la ciencia que reglamenta y determina la defensa y protección del consumidor, y adicionalmente es un tema que hace parte de estudios económicos, en el sentido que busca explicar el comportamiento de los consumidores y competidores en el mercado²⁶³, haciendo *innegable que el origen del uso de esa terminología como parte de un vocablo económico, empezó a partir de su concepción de interviniente en el mercado*²⁶⁴.

El mercado como aspecto relevante en la actividad de consumo, se define como (...) *una conducta social que vincula a una persona o grupo de personas con otra u otras, y por tanto, como una relación que por su contenido es susceptible de una apreciación científica desde diversas perspectivas: sociológica, económica o jurídica*²⁶⁵. En la actividad de consumo existe una dinámica en dos sentidos, pues los consumidores hacen saber al mercado cuáles son sus necesidades básicas, intereses y gustos, y le dan a conocer su capacidad de adquisición y posición frente

262 Smith, Adam. *The Wealth of Nations*. Ed. Naxos. 2008

263 Gustavo Vallespinos, Carlos, & Oviedo Albán, Jorge. *El derecho de las obligaciones y la protección jurídica del consumidor. Introducción al Derecho del consumo. Lineamientos centrales de la leyes 24.240 y 26.361; en Obligaciones y Contratos en el Derecho Contemporáneo*. Ed. Dike, 2010, P. 154 y 155.

264 República de Colombia. Superintendencia de Industria y Comercio, República de Colombia, Red Nacional de Protección al Consumidor. *Curso Práctico de Políticas y Mecanismos de Protección al Consumidor. Módulo Consumidores* 2013. P. 6.

265 Lorenzetti Ricardo Luis & Schotz, Gustavo Juan. *Defensa del Consumidor*. Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma. Buenos Aires Argentina. 2003. P. 27.

•El derecho del consumo como el nuevo derecho de obligaciones especificado.

al mismo²⁶⁶, mientras que el mercado responde con determinados productos o servicios, que suplen las necesidades del consumidor, de acuerdo a la información suministrada por él mismo²⁶⁷.

Debido a esto, es claro entonces que la información es un recurso de doble vía, es decir, el consumidor comunica al mercado sus necesidades, y este de igual manera responde a su demanda, con una amplia oferta de productos. De esto, se desprende un problema que consiste en la creación de una barrera entre consumidor y mercado; esta barrera se genera debido a que en muchas ocasiones la información que proporciona el mercado es incompleta, de difícil acceso o irreal, lo que lleva a que el consumidor tenga una posición desigual en el mercado, pues él no recibe los productos de acuerdo a sus necesidades, sino a las necesidades que el mercado quiere suplirle²⁶⁸.

A raíz de dicho problema, se pone en funcionamiento el aparato judicial. Al verse el consumidor en situación de indefensión y desigualdad, es el Estado con sus normas quien debe protegerlo, por no estar el mercado en la condición de hacerlo. En este sentido, la Superintendencia de Industria y Comercio en un pronunciamiento reciente señaló:

En efecto, en las relaciones consumidor-productor o consumidor-proveedor, se establecen vínculos entre un profesional y un lego o no profesional, con lo cual el ordenamiento busca particularmente proteger los intereses del primero, toda vez que es la parte económica más débil y se encuentra en una posición más frágil en la medida en que no tiene los conocimientos de un profesional como lo es el productor o el proveedor.

Es imperativo por parte del Estado, construir un sistema de protección para los consumidores, que tenga como finalidad lograr una armonía entre lo que quiere el mercado y lo que es saludable para los consumidores. Este sistema normativo,

266 Cavanilla Mujica, Santiago. *Responsabilidad Civil y Protección al Consumidor*. Serie Ensayos-8 Palma de Mallorca, 1995. P. 168.

267 Este tema no será desarrollado ampliamente en este libro, por que se recomienda ver Weingarten y otros (2007).

268 Weingarten, Celia; AAracet, L. Cáceres, G correa, C. Ghersu y M. Hise. *Derecho del Consumidor, La Estructura Legal en el Ámbito del Consumo*. Editorial Universidad. 2007 P. 70.: "Los consumidores deben tomar decisiones sobre la base de la información que obtienen acerca de los atributos, la calidad, las características y los precios del bien o servicio que desean adquirir. Pero el acceso a la información necesaria para tomar la decisión de contratar es frecuentemente asimétrica".

debe procurar la efectividad de la protección de los derechos de los consumidores que se encuentran en peligro, cuando el producto está defectuoso, es inseguro, genera perjuicios para la salud, o simplemente, deja de ser económicamente viable para el consumidor que por la falta de competidores en el mercado debe adquirirlo a un precio más alto, caso en el cual es necesaria la intervención del Estado para lograr una eficaz protección legal.

Es así como, vale la pena señalar que desde mediados del siglo xx se contempla para todos los consumidores, el derecho a protegerlos. El Congreso de los Estados Unidos de América, en un mensaje especial el día 15 de marzo de 1962 titulado “Protegiendo los intereses del consumidor”, señaló por medio del Presidente John Fitzgerald Kennedy lo siguiente: *“Consumidor, por definición, nos incluye a todos (...) y no obstante que dos tercios de todos los gastos de la economía son hechos por los consumidores, ellos constituyen el único grupo importante cuyos puntos de vista a menudo no son escuchados”*. Es desde este momento, que para muchos, nació el derecho de consumidor, como institución por medio de la cual se busca proteger a los consumidores, es decir, a todas personas que son tenidas en cuenta y que por esta razón se sienten desprotegidas²⁶⁹.

Definición general de la figura de consumidor en el derecho nacional y en el derecho comparado

Caso 12: dos concesionarios de automóviles inician de manera conjunta una campaña publicitaria para la adquisición de vehículos nuevos para financiar el 70% de su valor con tasas de interés de 1,5% mensual por 36 meses. La Superintendencia encargada de su vigilancia inició una investigación sobre la forma en cómo se estaba cumpliendo la descrita propaganda, y constató que en ningún lugar la publicidad indicaba que la tasa de interés ofrecida estuviese sujeta a condición alguna o que se tratara de un interés “*subsidiado*”, se trataba entonces de una contradicción entre lo anunciado y la práctica. A través de una resolución la Superintendencia ordenó la corrección de la publicidad y el acatamiento de unas instrucciones para el efecto²⁷⁰.

Indicación: Corte Constitucional. Sentencia T-145 de 2004. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

269 Alterini, Atilio Anibal. Treinta Estudios de Derecho Privado. Ed. Temis. 2011. P. 342.

270 Corte Constitucional. Sentencia T-145 de 2004. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

•El derecho del consumo como el nuevo derecho de obligaciones especificado.

En el mundo son varias las corrientes jurídicas que han desarrollado el concepto de derecho del consumidor. El Derecho Anglosajón, en la legislación norteamericana ha tenido un amplio progreso en el tema, al igual que el derecho continental, con las legislaciones de Alemania, España e Italia, que se han destacado e influido en países latinoamericanos como Brasil y Perú, cuya evolución en el tema ha sido notoria. Este desarrollo que se ha dado de manera global, ha permitido que Colombia fije y determine unas pautas, que con base en otras legislaciones, ayudan a la evolución de las teorías del Derecho del Consumidor.

El primer concepto a revisar, base del derecho del consumidor, es la definición del consumidor en sí misma, como “(...) *la puerta de entrada al derecho de consumo*”²⁷¹. El consumidor, es un concepto que se desarrolló con base en la idea de la persona física, posteriormente se incluyó la persona jurídica, y finalmente, algunos lo definieron como “*aquel contratante que consume, es decir, quien es el destinatario final del bien*”²⁷², siempre teniendo presente que este concepto varía con la legislación de cada país, y el periodo en el que se publica.

Dentro de los primeros reconocimientos hechos al consumidor como sujeto determinante en el mercado, está el realizado en Estados Unidos con la Ley de Fraude en Correos la cual pretendió dar identidad y protección a los consumidores²⁷³. Posteriormente la “U.S. Electronic Signatures in Global and National Commerce Act”²⁷⁴ del año 2000, ley sobre firma digital, definió en su sección 106, el concepto de consumidor o “consumer”²⁷⁵ como aquel individuo que obtiene, mediante una negociación, productos o servicios²⁷⁶ que tienen como finalidad ser usados para un propósito personal, familiar o de su hogar, es decir, sin fines comerciales. En este sentido, debe entenderse la definición de consumidor como aquel individuo que con alguna forma de racionalidad económica, decide sobre su consumo personal y de las personas que están a su cargo.

271 Lorenzetti *Op., cit.*, P. 65.

272 *Ibidem*. P. 65.

273 República de Colombia. Superintendencia de Industria y Comercio. *Op., cit.* P. 6 y 7.

274 Electronic Signatures in Global and National Commerce Act. Consultar [en línea] 5 de julio 2000. disponible en: <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/PLAW-106publ229/pdf/PLAW-106publ229.pdf>. Citado el 11 de abril del 2015.

275 Consumidor entendido específicamente para el propósito de la citada ley.

276 El tema de servicios, debe ser revisado cuidadosamente, debido a que hoy día, se plantea que al referirse al consumidor, no caben los servicios, sólo se habla de bienes

En Europa, como otro polo de la regulación del Derecho del Consumidor, la Convención de Roma de 1980 sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales, señaló en su artículo 5, relativo a los “contratos celebrados por los consumidores”, que los consumidores son aquellos que tienen como objeto abastecerse de productos que son ajenos a su actividad comercial, de la siguiente forma:

El presente artículo se aplicará a los contratos que tengan por objeto el suministro de bienes muebles corporales o de servicios a una persona, el consumidor, para un uso que pueda ser considerado como ajeno a su actividad profesional, así como a los contratos destinados a la financiación de tales suministros²⁷⁷.

El BGB alemán, en su párrafo 13²⁷⁸, define al consumidor como toda persona natural que celebra un negocio jurídico con un propósito, que no esté relacionado ni con su actividad comercial ni con su actividad profesional. Al respecto se debe señalar que el tema de las personas jurídicas está excluido de la regulación de consumidor.

El Código Civil Italiano indica en su artículo 1469 que el consumidor, es aquella persona física que adquiere productos o servicios, diferentes a los necesarios para su actividad empresarial o profesional ejercida²⁷⁹. España tiene la denominada Ley para la defensa de los consumidores, que definió a los consumidores como *“las personas físicas o jurídicas que adquieren o utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden”*²⁸⁰.

En Sudamérica, Brasil reglamentó en el artículo 2 de la Ley 8078 de 1990²⁸¹, la definición de consumidor, señalando que es *“(...) toda persona física o jurídica*

277 Convenio sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales abierto a la firma en Roma, el 19 de junio de 1980. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2005:334:0001:0027:ES:PDF>. Consultado el 11 de abril del 2015

278 BGB § 13 Verbraucher: Verbraucher ist jede natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft zu einem Zwecke abschließt, der weder ihr gewerblich noch ihr selbstständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann.

279 Lorenzetti, *Op., cit.*, Pág. 68

280 *Ibidem*, pág. 68.

281 Ley N 8078, del 11 de septiembre de 1990. Disponible en: brasilcon.org.br/arquivos/arquivos/cdc-es.pdf. Consultado el 11 de abril del 2015.

•El derecho del consumo como el nuevo derecho de obligaciones especificado.

que adquiere o utiliza un producto o servicio como destinatario final”. Esta norma compara a los consumidores con todas las personas que, aunque no se pueden determinar en su totalidad, en algún modo han tenido vínculo con las relaciones de consumo en el mercado. Debe señalarse que esta norma diferencia la definición de consumidor en asuntos contractuales y extracontractuales. En cuanto a estos últimos, menciona que los sujetos víctimas de un daño a causa de un producto o servicio dañoso, también deben ser considerados como consumidores²⁸².

El Código de Protección y Defensa del Consumidor peruano, señala en el artículo 1, que consumidores o usuarios son:

Consumidores o usuarios: 1.1 Las personas naturales o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales productos o servicios materiales e inmateriales, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, actuando así en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional. No se considera consumidor para efectos de este Código a quien adquiere, utiliza o disfruta de un producto o servicio normalmente destinado para los fines de su actividad como proveedor (...).1.3 En caso de duda sobre el destino final de determinado producto o servicio, se califica como consumidor a quien lo adquiere, usa o disfruta²⁸³.

En el caso mexicano, la Ley Federal de Protección al Consumidor establece:

(...) consumidor: la persona física o moral que adquiere, realiza o disfruta como destinatario final, bienes productos o servicios. Se entiende también por consumidor a la persona física o moral que adquiere, almacene, utilice o consuma bienes o servicios con objeto de integrarlos en procesos de producción, transformación o comercialización o prestación de servicios a terceros únicamente para los casos a que se refieren los artículos 99 y 117 de esta ley.

Por su parte, Colombia en una primera aproximación al concepto de consumidor como agente en el mercado, le otorgó al Presidente, en la Ley 73 de 1981, por

.....
282 Lorenzatti, *Op., cit.*, pág. 71.

283 Ley N 29571 del 2010. disponible en: http://portal.andina.com.pe/EDPEspeciales/especiales/2010/setiembre/codigo_consumidor.pdf. consultado el 11 de abril del 2015.

medio de la cual “el Estado interviene en la Distribución de Bienes y Servicios para la Defensa del Consumidor”, las facultades para participar en la formación de normas relativas a la protección del consumidor en términos de calidad e idoneidad²⁸⁴. Con ocasión a esas facultades, se expidió el Decreto 3466 de 1982, que definió al consumidor como: “(...) *Toda persona, natural o jurídica, que contrae la adquisición, utilización o disfrute de un bien o la prestación de un servicio determinado, para la satisfacción de una o más necesidades*”.

Se debe destacar en esta definición, en comparación con las definiciones de las legislaciones ya analizadas, que la misma no se refiere al consumidor como destinatario último del producto y tampoco, se hace expresa mención acerca de la necesidad de que los citados productos fuesen diferentes o ajenos a los usados en sus actividades comerciales, es decir, no se tiene una noción finalista acerca del consumidor.

Posteriormente, con el fin de tener un concepto más universal, es decir, uno que estuviese ligado a los planteamientos internacionales y que a su vez envolviera las nuevas exigencias del mercado, se expidió el Estatuto del Consumidor (Ley 1480 de 2011). Con este estatuto se logró una armonía, con la legislación Española, la Convención de Roma, y algunas otras normatividades en la definición del consumidor, ya que cuenta con el concepto de destinatario final y la especificidad de la satisfacción de una necesidad que no se encuentra vinculada a la actividad económica propia, lo que marca una diferencia fundamental con el anterior concepto que traía el Decreto 3466 de 1982. La ley 1480 en el artículo 5 numeral 3 señala:

Consumidor o usuario. Toda persona natural o jurídica que, como destinatario final, adquiera, disfrute o utilice un determinado producto, cualquiera que sea su naturaleza para la satisfacción de una necesidad propia, privada, familiar o doméstica y empresarial cuando no esté ligada intrínsecamente a su actividad económica. Se entenderá incluido en el concepto de consumidor el de usuario²⁸⁵.

284 Artículo 1 numerales 1 y 2 de la Ley 73 de 1981.

285 Artículo 5o Ley 1480 de 2011. Estatuto del consumidor, disponible en: www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=44306. Consultado el 11 de abril del 2015.

•El derecho del consumo como el nuevo derecho de obligaciones especificado.

Gracias a esta definición, la legislación colombiana cuenta hoy día con un concepto más acorde al Derecho Internacional en muchos aspectos. Por ejemplo, existen legislaciones, que al igual que la colombiana, incluyen en el concepto de consumidor a las personas jurídicas. La ley 1480 buscó un marco de protección más amplio, en el que no es relevante la condición de las partes, sino el desequilibrio que se genere entre las mismas, por lo que resulta posible la relación de consumo, en donde se involucra una persona jurídica, que si bien es profesional en el comercio, puede actuar fuera de la esfera de su especialidad, es decir, puede adquirir un bien que no vuelve a la cadena de producción.

En este sentido, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 3 de mayo de 2005²⁸⁶ expuso:

(...) Siempre será forzoso indagar en torno a la finalidad concreta que el sujeto —persona natural o jurídica— persigue con la adquisición, utilización o disfrute de un determinado bien o servicio, para reputarlo consumidor sólo en aquellos eventos en que contextualmente, aspire a la satisfacción de una necesidad propia, privada, familiar, doméstica o empresarial en tanto no esté ligada intrínsecamente a su actividad económica propiamente dicha aunque pueda estar vinculada, de algún modo, a su objeto social, que es lo que constituye el rasgo característico de una verdadera relación de consumo(...)

(...) lo anterior quiere decir que por fuera de la protección normativa quedan los “consumidores-empresarios”, es decir, aquellos cuyos actos se dirigen a ser incorporados en procesos productivos o de naturaleza similar; empero, ha de precisarse, esto no significa que las personas jurídicas no puedan ser consumidores finales, pues aunque normalmente no desempeñan tal rol, en la medida en que “no adquieren”, al menos en lo general o común, bienes para sí, para su consumo final o beneficio, y menos aun —por su propia índole— para el grupo familiar o social —ello no quita que por excepción frente a supuestos muy especiales —y no genéricos— se considere a las personas jurídicas como consumidores de tales o cuales bienes o servicios (...). (Subrayas fuera del texto).

286 Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia del 3 de mayo de 2005. Magistrado Ponente Dr. César Julio Valencia Copete. Exp. No. 5000131030011999-04421-01.

En relación con algunas legislaciones que también hacen referencia a la persona jurídica como consumidor, se pueden señalar: la legislación española, en el Real Decreto Legislativo 1/2007, artículo 3 señala que “*son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional*». De igual manera, la legislación española sobre el tema (Ley 23 de 2003), señala que el consumidor puede ser una persona jurídica, “*por tanto, el factor a tener en cuenta no es la personalidad del adquirente, sino el destino o uso del bien adquirido*”²⁸⁷. Lo anterior también se ve reflejado en la legislación argentina, Ley 24240 (reformada por la 26361), que en el Artículo 1 indica que la ley tiene por objeto la defensa del consumidor entendiéndose este, las personas naturales o jurídicas que adquieren o utilizan bienes o servicios como destinatarios finales, en beneficio de ellos mismo, o de su grupo familiar o social²⁸⁸.

Sin embargo, como ya se señaló, en Alemania expresamente el §13 del BGB alemán excluye a las personas jurídicas del concepto de consumidor, siempre teniendo en cuenta que las sociedades denominadas “BGB-Gesellschaft” en Alemania, pueden no tener personalidad jurídica, es decir, no son finalmente personas jurídicas, lo que les da la posibilidad de ser consideradas como consumidores, siempre y cuando no actúen con fines comerciales o profesionales²⁸⁹.

Adicionalmente, otro elemento importante en el régimen colombiano, que tiene similitud con la legislación internacional, consiste en la ausencia de una relación comercial al momento de la adquisición de los productos, es decir, que en las relaciones donde esta involucrado un consumidor no está de por medio el ánimo de lucro de este. El consumidor adquiere un producto sólo con fines personales, familiares o incluso un fin empresarial que no tenga relación con sus actividades económicas, como ya se mencionó.

287 Díaz Tarragó, Iván, ¿Se puede considerar a una persona jurídica “consumidor”, a los efectos de la Ley 23/2003, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo?. *Economist and Jurist*. Mayo 2003. Disponible en: <http://www.diaztarrago.com/Articles/EMPRESA%20CONSUMIDOR%20LEY%2023-2003.pdf>. Consultado el 12 de abril del 2015.

288 Cámara de Comercio de Medellín, Foro del Jurista. Estatuto del Consumidor-Una mirada a la ley 1480 de 2011. Edición No. 29. Octubre de 2012. P. 19. Disponible en: www.camaramedellin.com.co/site/Portals/0/Documentos/Biblioteca/EstudiosJuridicos/Foro%20del%20jurista_PDF%20interactivo_17oct2012.pdf. Consultado el 12 de abril del 2015.

289 Kuntze, Tobias. Binisch Verbraucher oder doch Unternehmer? – ein Leitfadenzur Abgrenzung zwischen § 13 BGB und § 14 BGB. 18.04.2012. Consultar [en línea] Disponible en: www.it-recht-kanzlei.de/verbraucher-unternehmer.html

Por lo demás cabe resaltar, que el último inciso de la norma, señala que la definición de usuario estará inmersa en la definición de consumidor, lo que advierte que el legislador no quiso condicionar la protección de acuerdo a quien adquiere o a quien efectivamente usa el producto, pues en ambos casos el sujeto puede encontrarse en una situación de debilidad y desprotección, lo que desdibujaría la finalidad de la norma, de proteger y evitar desequilibrios. En efecto, la norma quiere proteger no sólo a quien tiene derecho al uso o goce de una cosa, sino también a todos los destinatarios de un servicio de cualquier naturaleza²⁹⁰.

En suma, el consumidor en el Derecho Nacional como en el Derecho comparado se entiende como aquel sujeto sea tanto persona natural o persona jurídica en los ordenamiento que lo permiten, que adquiere un producto en el mercado para su satisfacción personal y que no se encuentra destinado a su actividad comercial o a la obtención de un lucro a través de su adquisición.

Directivas europeas en materia de consumidor

Antecedentes

Desde mediados del siglo XXI, algunos Estados europeos ya contemplaban alguna regulación sobre el Derecho del Consumidor, esto teniendo en cuenta que en los antecedentes de la formación de las comunidades europeas, entre los años 1975 a 2000, se prestó más atención, “por necesidad del mercado”, a la protección de la competencia que a la protección del consumidor. Desde 1975, se expidieron directivas aisladas sobre la protección del consumidor, en temas muy desiguales como por ejemplo, género alimenticio, control fitosanitario, fitofarmacéuticos, seguridad, entre otros, y posteriormente con el Tratado de Roma sobre contrato y “el programa que impulsa la política de protección a los consumidores” de 1985 y 1986 —1990 a 2001— se expidieron otras directivas relativas a publicidad engañosa, productos defectuosos, ventas a domicilio, etc.²⁹¹.

Aunque el Tratado de Roma de 1957, no utilizó el término consumidor, varias directivas europeas sí lo han definido. El Convenio de Bruselas de 1968, fue

290 Lafont Pianetta, Pedro. *Manual de Derecho Privado Contemporáneo. Derecho de consumo. Nuevo Estatuto del Consumidor* (Ley 1480 de 2011). Tomo II. Librería Ediciones del Profesional Ltda. 2012. P. 26.

291 Lafont Pianetta, *Op., cit.*, Pág. 4, 5. Tomado de: Lima M. Claudia y Lorenzetti R., *Op., cit.*, P. 484 y ss.

la primera regulación relativa a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (conocida hoy día como el Reglamento (CE) n° 44/2001 del Consejo, del 22 de diciembre del 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil), y señaló en su artículo 13: “(...) *En materia de contratos celebrados por una persona para un uso que pudiere considerarse ajeno a su actividad profesional, en lo sucesivo denominada el consumidor (.....)*”²⁹².

Así mismo, la Convención de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, explicó en su artículo 5: “*El presente artículo se aplicará a los contratos que tengan por objeto el suministro de bienes muebles corporales o de servicios a una persona, el consumidor, para un uso que pueda ser considerado como ajeno a su actividad profesional, así como a los contratos destinados a la financiación de tales suministros*”. En términos generales, varias de las directivas mencionadas definen al consumidor “*Como cualquier persona física que, frente a un profesional y en las transacciones, contratos y situaciones comprendidas actúe con fines que no pertenezcan al ámbito de su actividad profesional*”²⁹³.

Estas disposiciones, dieron pie para que en la Unión Europea se considere vital proteger los intereses de los consumidores, eliminando las barreras que existen en el comercio entre los Estados miembros, con el propósito de que a través de un auténtico mercado interior, se conceda la facultad a estos de acceder a todos los bienes y servicios que provengan de los Estados miembros de la Unión. En este sentido, gracias al “principio del reconocimiento mutuo”, la libre circulación impide, de un lado, que se imponga la legislación interna de cada Estado, y de otro que se condicionen las expectativas de los consumidores en relación con un bien o servicio. Es así como el principal beneficiario del adecuado funcionamiento del mercado interno es el consumidor²⁹⁴, porque como se señaló en la jurisprudencia del 20 de febrero de 1979, “Cassis de Dijon”, cualquier producto fabricado y comercializado en un Estado miembro, debe ser admitido en cualquier otro, es decir,

292 Villalba Cuéllar, Juan Carlos. La noción de consumidor en el derecho comparado y en el derecho colombiano. Universitas. Bogotá (Colombia) N° 119: 305-340, julio-diciembre de 2009. P. 309.

293 Lafont Pianetta, Op., cit., Pág. 4, 5. Tomado de: Lima M. Claudia y Lorenzetti R., Op., cit., P. 484 y ss.

294 Botana García, Gema Alejandra. La protección de los consumidores en la Unión Europea y la directiva sobre derechos de los consumidores. GUALACOSTA, José Manuel, Villalba Cuéllar, Juan Carlos, Derecho del consumo, problemáticas actuales. Ibáñez. 2013. P. 35 y 36.

•El derecho del consumo como el nuevo derecho de obligaciones especificado.

el mercado interior, debe ser un espacio sin fronteras en el que la libre circulación de mercancías se garantiza, según las disposiciones del Tratado CEE (artículos 28 y siguientes)²⁹⁵.

Regulación general en materia de consumo

Los derechos del consumidor en la Unión Europea, están formulados en diferentes instrumentos normativos, como ya se dijo. De igual forma se encuentran regulados en la Carta de Protección del Consumidor del Consejo de Europa (res. 543 del 15 de mayo de 1983); en las distintas versiones del “Programa preliminar para una política de protección y de información a los consumidores” de la Comunidad Económica Europea del 14 de mayo de 1975 y del 19 de mayo de 1981; en las Directivas sobre protección del consumidor aprobadas por la res. 39/248 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, del 16 de abril de 1985²⁹⁶, entre otros.

En el campo de la competencia judicial internacional en materia de contratos internacionales celebrados por consumidores se encuentran: El “*Reglamento comunitario 44/2001 sobre competencia judicial internacional y reconocimiento y ejecución de sentencias en materia civil y mercantil*; los *Convenios de Bruselas de 27 de septiembre de 1968*; *Lugano de 16 de septiembre de 1988* y *Lugano II de 30 de octubre de 2007*, en vigor desde el 1 de enero de 2010, los tres del mismo nombre; *Art. 22 LOPJ*, sólo aplicable en defecto de instrumento internacional que rija la cuestión²⁹⁷.

Hoy día son más de 1.000 las directivas que existen en materia del consumidor, expedidas por el Parlamento Europeo y el Consejo Europeo; algunas que se han ocupado de la definición de consumidor son²⁹⁸:

- Directiva 85/577/CEE del Consejo, de 20 de diciembre de 1985 referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales, en el artículo 2.1 señaló: consumidor es “*toda persona física que, para las transacciones amparadas*

295 Sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de febrero de 1979, en el asunto 120/78. Disponible en: <http://cde.usal.es/master/practicas/Mercado%20interior/Cassis%20de%20Dijon.pdf>. Consultado el 12 de abril del 2015.

296 Alterini, Op., cit., P. 371.

297 Castellanos Ruiz, Op., cit., P. 1-3.

298 Villalba Cuéllar, Op., cit., P. 309, 310.

por la presente directiva, actúe para un uso que pueda considerarse como ajeno a su actividad profesional”.

- Directiva 87/102/CEE del Consejo, de 22 de diciembre de 1986 relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito al consumo, artículo 1.2, define al consumidor como *“la persona física que en las operaciones reguladas por la presente directiva, actúe con fines que puedan considerarse al margen de su oficio o profesión”.*
- Directiva 90/314/CEE del Consejo, de 13 de junio de 1990 relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados, en su artículo 2.4 define al consumidor como *“la persona que compra o se compromete a comprar viaje combinado (el contratante principal), la persona en nombre de la cual el contratante principal se compromete a comprar el viaje combinado (los demás beneficiarios) o la persona a la cual el contratante principal u otro beneficiario cede el viaje combinado (cesionario)”.*
- Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, en su artículo 2 b) define al consumidor como *“toda persona física que, en los contratos regulados por la presente directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional”.*
- Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 1997 relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia, artículo 2 define al consumidor como *“toda persona física que en los contratos contemplados en la presente directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional”.*
- Directiva 98/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de febrero de 1998 relativa a la protección de los consumidores en materia de indicación de los precios de los productos ofrecidos a los consumidores, definió al consumidor como *“cualquier persona física que compre un producto con fines ajenos a su actividad comercial o profesional”.*
- Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo, señala que el consumidor es *“toda persona física*

que, en los contratos que refiere la presente directiva, actúa con fines que no entran en el marco de su actividad profesional”.

- Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico), artículo 2 literal e lo define como *“Cualquier persona física que actúa con un propósito ajeno a su actividad económica, negocio o profesión”.*
- El reglamento 178/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de enero de 2002, por el que se establecen los principios y los requisitos generales de la legislación alimentaria, se crea la Autoridad Europea de Seguridad Alimentaria y se fijan procedimientos relativos a la seguridad alimentaria, define al consumidor final como *“el consumidor último de un producto alimenticio que no empleará dicho alimento como parte de ninguna operación o actividad mercantil en el sector de la alimentación”.*
- Directiva 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de septiembre de 2002 relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, y por la que se modifican la Directiva 90/619/CEE del Consejo y las Directivas 97/7/CE y 98/27/CE, artículo 2 literal d, define al consumidor como *“toda persona física que, en los contratos a distancia, actúe con un propósito ajeno a su actividad comercial o profesional”.*
- Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005 relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo, las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE) no 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo «Directiva sobre las prácticas comerciales desleales», artículo 2 literal a indica que consumidor es *“cualquier persona física que, en las prácticas comerciales contempladas por la presente directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad económica, negocio, oficio o profesión”.*

Adicionalmente, las siguientes directivas se refieren a algunos temas relevantes en materia de consumidor:

- Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo Texto pertinente a efectos del EEE.
- Directiva 2006/114/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa (Versión codificada) (Texto pertinente a efectos del EEE).
- Directiva 98/27/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de mayo de 1998 relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores.

Aplicación al caso de seguridad en los productos

Igualmente y de la mano del Derecho del Consumidor Europeo, surge una cuestión muy interesante, que consiste en la regulación en materia de seguridad de los productos que son distribuidos a los consumidores, y que eventualmente, pueden ocasionar daños a la salud y seguridad de los mismos. Al respecto Micele expone que la legislación europea y luego la Comunidad Europea han sido pródigas en fijar normas de conducta y atribuir responsabilidades por la calidad de los productos y servicios, por la transparencia en las operaciones y en el óptimo funcionamiento de los mercados²⁹⁹. Es por esto que se revisara el contenido de un par de directivas relevantes en el tema y se hará el análisis del caso con base en la Produktsicherheitsgesetz (ProdSG), ley alemana sobre seguridad de los productos.

Directiva 1992/59/CEE

Uno de los primeros antecedentes sobre la protección de los consumidores por productos inseguros o altamente riesgosos en la Unión Europea, fue la Directiva

299 Micele, Mario R.: "La Ley de Defensa del Consumidor (antecedentes, técnica legislativa y viabilidad)". LL, 1994. P. 900.

•El derecho del consumo como el nuevo derecho de obligaciones especificado.

1992/59/CEE, que tenía como finalidad principal lograr la armonía de las diferentes normas sobre la protección del consumidor en los Estados Miembros y ser la norma especial, frente a los vacíos de las leyes internas, las cuales eran de prevalencia en cada país miembro. Esta multiplicidad de normas, afectaba directamente al consumidor, por lo cual la mencionada directiva estableció pautas generales de seguridad sobre todos los productos destinados a los consumidores que se encontraban en el mercado y la obligación para las autoridades designadas de evaluar los riesgos que los productos podrían ocasionar y así evitar que los mismos generarán efectos adversos a los destinatarios finales³⁰⁰.

Es por esto que al productor se le asignaron una serie de obligaciones que se extendieron al comercializador, lo que significó una responsabilidad compartida para estos y una protección integral para los consumidores. Dentro de estas obligaciones se encontraba el deber de informar al consumidor sobre los posibles riesgos a los que podría estar expuesto, para que él mismo pudiese evaluar dichos riesgos, mediante guías y manuales de uso. Este deber de información incluía adicionalmente, el deber de señalar al consumidor cómo actuar en caso de ocasionarse un daño y tomar las medidas necesarias para repararlo, lo que no eximía de responsabilidad al productor, distribuidor o comerciante³⁰¹.

Es importante mencionar, que además existía tanto para los productores como para los comercializadores, un deber de abstención sobre la distribución o venta de aquellos productos o bienes, de los que se tuviera algún tipo de indicio de su peligrosidad para la salud de los consumidores. Es decir, se hablaba de un deber de diligencia y prudencia sobre los productos que estaban a disposición de los consumidores. La Directiva adicionalmente le otorgó a cada Estado miembro la posibilidad de controlar los productos que ingresan al mercado, imponer condiciones previas para el acceso de un producto al mismo y tomar las medidas pertinentes en caso de incumplimiento ya fuesen sancionatorias o administrativas, como por ejemplo la prohibición temporal o definitiva de la comercialización de un producto inseguro en el mercado³⁰².

300 Dr. Fluck, Jürgen Limburgerhof, und Rechtsanwältin Silke Sechting. Öffentlich — rechtliches Verbraucherschutz — und Produktsicherheitsrecht. Mannheim 15 de Noviembre del año 2004. P. 1393.

301 *Ibidem*. P. 1393.

302 *Ibidem*. P. 1394.

Una vez adoptadas o decididas las medidas por parte de la autoridad competente de cada Estado miembro, para *“impedir, restringir o someter a condiciones particulares en su territorio la comercialización o utilización de un producto o lote de producto debido a un riesgo grave e inmediato que dicho producto o lote de producto entrañe para la salud y la seguridad de los consumidores”* se impuso un deber de información de la situación a la Comisión, siempre que esta, no estuviese prevista en *“procedimientos de naturaleza equivalente en virtud de otros instrumentos comunitarios”*³⁰³, con la finalidad de señalar una alerta en el sistema de Sistema de Intercambio Rápido de Información RAPEX.

Directiva 2001/95/CE

Con ocasión al informe presentado por la Comisión Europea en el año 2000, se logró determinar que la Directiva 92/59/CEE había tenido un efecto importante en la armonización de las normas de cada Estado miembro, pero se constató que ante la ausencia de disposiciones comunitarias especiales sobre la protección de los consumidores frente a los productos inseguros, se estaba generando un desequilibrio en el mercado, que creaba barreras al comercio, situación que generó varias críticas por parte de la Comisión Europea³⁰⁴.

Como consecuencia de lo anterior, el Parlamento Europeo y el Consejo, expidieron la Directiva 2001/95/CE del 3 de diciembre del 2001, relativa a la seguridad general de productos, en la que se manifestó la necesidad de garantizar una fuerte protección a los consumidores, mediante una legislación comunitaria horizontal, que estableciera los principios generales de seguridad de los productos, las obligaciones de productores y distribuidores sobre este particular, y el intercambio de información sobre la peligrosidad de los mismos, a través del RAPEX.

Si bien esta Directiva no modificó la noción de producto seguro, como novedad se encuentra, que amplía el margen de regulación de los productos, incluyendo también productos denominados migratorios, tales como pesticidas, colores, punteros láser, entre otros y también regula algunos servicios en el ámbito de protección³⁰⁵. Adicionalmente, en una de las consideraciones, se señala que aunque la

303 Artículo 8, Directiva 1992/59/CEE.

304 Fluck, *Op., cit.*, P. 1395.

305 *Ibidem*, P. 1395.

•El derecho del consumo como el nuevo derecho de obligaciones especificado.

misma no aplica a servicios, el objetivo es garantizar la protección del consumidor de una manera tan amplia que incluye a los productos, que se ofrecen en el marco de la prestación de un servicio, cuando el consumidor ha de utilizarlos³⁰⁶.

En cuanto a las obligaciones del productor frente a los consumidores, la citada Directiva no hace modificaciones importantes; sigue regulando la obligación de comercializar en el mercado productos seguros y la de informar debidamente sobre los posibles riesgos que se pudieran originar con el uso de los productos, al igual que consagra la obligación de retirar aquellos que a consideración y conocimiento del profesional pudieran causar algún daño a los consumidores, y es por esto que se implementó la obligación de colaborar con las autoridades para estos fines (Consideración 21, Directiva 2001/95/CE).

Para lograr una eficaz vigilancia en el mercado que permitiese garantizar un estándar elevado de protección de la seguridad y la salud de los consumidores, se ordenó la necesaria cooperación de las autoridades de los Estados Miembros, para establecer mecanismos de protección comunitaria, mediante la creación de una red de autoridades, responsables de la seguridad de los productos, que de manera conjunta trabajaría con el sistema RAPEX, para el intercambio de información sobre los productos y sus riesgos y los conocimientos técnicos ya adquiridos³⁰⁷.

Finalmente, dentro de las novedades de la Directiva 2001/95/CE, se delimitó el contexto de la libre competencia, impidiendo que los productos de bajo costo se continuaran comercializando en el mercado, como consecuencia del incumplimiento de las normas sobre seguridad de los productos. En este orden de ideas, sólo estarán en el mercado los productos que son proporcionalmente competitivos por su calidad y son las autoridades las encargadas de controlar los estándares mínimos de seguridad de los productos que circulan y de eliminar del mercado aquellos que no cumplen con dichos requerimientos, lo que evidentemente limita la competencia³⁰⁸.

306 Consideración número 9, Directiva 2001/95/CE.

307 Artículo 5 numeral 3: "En los casos en que los productores y los distribuidores sepan o deban saber, por la información que poseen y como profesionales, que un producto que ya han puesto en el mercado presenta para el consumidor riesgos incompatibles con la obligación general de seguridad, informarán inmediatamente a las autoridades competentes de los Estados miembros en las condiciones fijadas en el anexo I, precisando, en particular, las medidas adoptadas para prevenir los riesgos para los consumidores. (...)".

308 Fluck, *Op., cit.*, P. 1397.

§6 Abs. 4 ProdSG

La Directiva 2001/95/CE plantea una “obligación general de comercializar exclusivamente productos seguros” y en su consideración número 11, señala:

(11) A fin de garantizar la salud y la seguridad de los consumidores, todas las disposiciones de la presente Directiva deberán aplicarse cuando no existan disposiciones más específicas en el marco de normativas comunitarias relativas a la seguridad de los productos de que se trate.

Tomando en consideración la regulación europea sobre el tema, Alemania mediante la Ley sobre la seguridad de los productos (Produktsicherheitsgesetz), regula la relación que existe entre el consumidor y la cadena de producción en materia de seguridad y salud en Alemania. Esta norma, en términos generales establece que los productos que ingresan al mercado, deben cumplir con los requisitos que disponen las normas europeas en términos de calidad, deben ser seguros para los consumidores en condiciones normales y previsibles de uso, y adicionalmente no deben representar algún riesgo que pueda poner en peligro la seguridad del consumidor.

Específicamente el párrafo § 6 ProdSG, establece unas obligaciones adicionales frente a la comercialización de los productos en el mercado, referente a la información que debe destinarse a los consumidores sobre las características de los productos y sobre los posibles riesgos que pueden derivarse de uso. El objetivo de esta obligación en cabeza de los sujetos de la cadena de producción, tiene como fundamento que los consumidores puedan hacer sus valoraciones correspondientes frente al peligro asociado con el producto y que no son perceptibles para estos, dentro de un periodo normal de uso, con el fin de que se puedan proteger contra los posibles daños³⁰⁹.

Señala la norma que la información relacionada con el producto debe estar en el mismo y de no ser esto posible, se escribirá en el empaque. La excepción a esta regla se concreta sólo en caso de que el consumidor conozca el producto o que el incluirlo sobrevenga un esfuerzo desproporcionado. Adicionalmente, la norma exige que los productos contengan la información necesaria para que sea posible

309 *Ibidem*, P. 1396.

•El derecho del consumo como el nuevo derecho de obligaciones especificado.

acudir al productor o fabricante, en caso de reclamo o inconformidad por parte del consumidor, quienes deben contar con un representante suyo en caso de que no se encuentre radicado en la Unión Europea. De igual manera, tanto el fabricante y su representante autorizado, como el importador, deben adoptar medidas necesarias para evitar los posibles riesgos a los consumidores con ocasión a los productos que circulan en el mercado. Estas medidas deben ser siempre proporcionales al posible daño y ser permanentes en el tiempo, es decir, debe garantizarse que se extiendan hasta que deje de existir el riesgo o peligro para el consumidor.

Por último, vale la pena señalar que los participantes en la cadena de producción deben siempre actuar de acuerdo a la Directiva 2001/95/CE. En este sentido, deben notificar a la autoridad competente para la vigilancia del mercado, sobre las medidas que han tomado para evitar los riesgos inherentes al producto. En este sentido, la autoridad de vigilancia entonces, deberá notificar inmediatamente tanto a la autoridad nacional, como a la autoridad internacional correspondiente.

Supraconstitucionalismo

El artículo 22 del Tratado constitutivo de la Comunidad europea del año 2002, señala:

Artículo 22: Cada tres años la Comisión informará al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social sobre la aplicación de las disposiciones de la presente parte. Dicho informe tendrá en cuenta el desarrollo de la Unión.

Sobre dicha base, y sin perjuicio de las restantes disposiciones del presente Tratado, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, podrá adoptar disposiciones encaminadas a completar los derechos previstos en la presente parte y recomendar su adopción a los Estados miembros con arreglo a sus respectivas normas constitucionales. (Subrayas fuera del texto)

Para hablar sobre la figura del “supraconstitucionalismo”, es necesario primero entender de antemano que el sistema judicial Europeo posee una gran influencia directa sobre el sistema legislativo de los Estados que hacen parte de la Unión Europea. Es tal esta influencia que muchos de los postulados normativos que se han adoptado en el marco de la Comunidad Europea se han visto trasplantados al

ordenamiento interno sin ninguna intervención, e incluso han existido casos en los que dichos mandatos al logrado alcanzar el rango constitucional en algunos países. A causa de esto, la Unión Europea ha sido la encargada de verificar que las normas que se decidan trasplantar al ordenamiento interno se haga acorde a las directrices de la Unión.

Es así como la catedrática Paloma Biglino señala:

...las políticas europeas han ido cambiando, pues la Comunidad Europea ha asumido algunas finalidades que, en los ordenamientos constitucionales, suelen imponerse a los poderes públicos como normas de principio. Hoy día, la Comunidad Europea puede intervenir, con mayor o menor intensidad, en ámbitos tan diversos como educación, formación de la juventud, cultura, salud pública, protección de los consumidores, investigación, medio ambiente o la cooperación al desarrollo. Estas políticas, si bien no constituyen derechos subjetivos, suponen el establecimiento de fines a las instituciones de la Comunidad y a los Estados miembros en asuntos que afectan directamente a los ciudadanos³¹⁰.

Lo anterior presenta algunas dificultades, pues en algunos casos, la jurisprudencia puede contrariar la legislación nacional de los Estados. Sin embargo, se debe tener en cuenta de que la mayoría de los asuntos sobre los que conoce el Tribunal de Justicia Europeo, llegan por medio de la vía prejudicial, es decir, las sentencias se emiten por iniciativa de los Tribunales nacionales de cada Estado. Al mismo tiempo puede surgir otra la dificultad que consiste en que las diferencias existentes entre la legislación nacional y la europea, se acentúan o evidencian más con las sentencias que emite el Tribunal Europeo³¹¹.

Este último problema, se originó cuando el Tribunal de Justicia Europeo incorporó al ordenamiento comunitario, normas y derechos (fundamentales) que sólo estaban recogidos en la legislación de un Estado parte. Es el caso del derecho a la libre elección de una profesión, reconocido constitucionalmente sólo por Alemania. A raíz de esto, el Tribunal decidió no utilizar un método comparativo

310 Biglino Campos, Paloma. *La evolución de los derechos fundamentales en la comunidad europea: Algunos aspectos federales*. 2007. Pág. 59. Tomado de: Alonso Martínez, Jesús María y Herrero de la Fuente, Alberto A. *El Tratado de Roma en su cincuenta aniversario (1957-2007)*. Instituto de Estudios Europeos. 2007.

311 *Ibidem*. P. 63.

•El derecho del consumo como el nuevo derecho de obligaciones especificado.

porque esto “no asegura mayor consideración hacia los conceptos nacionales, sino que ha servido de un criterio selectivo, mediante el cual el Tribunal aísla la noción del derecho fundamental que considere más adecuada para adaptarse a la estructura y a las finalidades de la Comunidad”³¹².

Un caso concreto, es la Ley del consumidor que hoy día es un área importante de la regulación empresarial en muchas partes del mundo y forma parte de la regulación económica internacional. La UE ha desarrollado un ambicioso programa de armonización y proporciona enfoques interesantes de la gobernanza transnacional de los mercados. Las normas para los productos y servicios de consumo actualmente se establecen cada vez más a nivel internacional a través de organismos como la Organización Internacional de Normalización (ISO), la OCDE, el Banco Mundial y la Organización Mundial del Comercio que regula promulgación de normas alimentarias y salud pública. Adicionalmente, la conciencia de la globalización ha planteado la cuestión de que los países desarrollados pueden o deben regular los procesos de producción en los países en desarrollo a través del ejercicio de sus preferencias en el mercado³¹³, es por esto que por ejemplo las normas europeas de consumo, se ven trasplantadas a diferentes legislaciones del mundo, incluyendo a los países en vía de desarrollo, y de ingresos medios como es el caso Colombiano, que en los últimos años se ha interesado en regular el tema del consumidor con miras a la globalización.

De manera general, existen tres fuentes que regulan la legislación aplicable a los contratos internacionales de consumo. En primer lugar están las Directivas Comunitarias protectoras de los consumidores; en segundo lugar, las normas estatales de transposición de las normas especiales de Derecho Internacional Privado contenidas en las Directivas y que al no ser estas de aplicación directa; se encuentran en tercer lugar, las normas recogidas en el Reglamento Roma I sobre Ley aplicable a las obligaciones contractuales³¹⁴.

312 *Ibidem*. P. 64.

313 University of Kent. Consultar [en línea] Disponible en: www.kent.ac.uk/courses/modulecatalogue/modules/LW908. Consultado el 12 de abril del 2015,

314 Castellanos Ruiz, Esperanza. *Régimen Jurídico de los consumidores: competencia judicial internacional y ley aplicable*. Comares Editorial. 2010. P. 24.

En este sentido, en la protección que se le brinda al consumidor en el derecho comparado se pueden determinar principalmente tres ámbitos normativos³¹⁵:

1. **Ámbito Supranacional:** En este ámbito, se encuentran las normativas de carácter supranacional, destinadas a regular las relaciones de consumidores y usuarios. Están conformadas, por la “Carta Europea de Protección de los Consumidores” del Consejo de Europa del año 1973; las Directivas para la protección del Consumidor, aprobadas por resolución No. 39/248 de la Asamblea General de las Naciones Unidas en el año 1985, entre otras.
2. **Ámbito Constitucional:** La mayoría de las constituciones modernas, reconocen expresamente los derechos de los consumidores. Por ejemplo: Constitución de España de 1978 (art. 51), Perú de 1980 (art. 110), Portugal de 1986 (art. 81), Brasil de 1988 (art. 5) y Colombia de 1991 (art. 78).
3. **Ámbito Legislativo:** Las relaciones derivadas del consumo, generalmente están desarrolladas y reguladas por las legislaciones de los países desarrollados y en vía de desarrollo, como Colombia. Por ser importantes, cabe mencionar: Japón (1968), Suecia (1975), Austria (1979), España (1984), Brasil (1991), Venezuela (1992), México (1993), Chile (1997), Paraguay (1998), Colombia (2011) y Alemania (2011).

En Colombia, ha señalado la Corte Constitucional en Sentencia 028 de 2006, lo siguiente³¹⁶:

De manera concreta, por ejemplo, la Corte ha considerado en diversas ocasiones que la Convención Americana sobre Derechos Humanos, hace parte del bloque de constitucionalidad, en virtud de lo dispuesto en el artículo 93 Superior. Bajo este contexto, es claro que el mencionado instrumento internacional forma parte del bloque de constitucionalidad y, por lo tanto, debe ser utilizado como parámetro que guíe el examen de constitucionalidad de las leyes colombianas. También ha considerado esta Corporación, que el hecho de que una norma pertenezca al bloque de constitucionalidad no significa que adquiera el rango de normas supraconstitucional, pues la confrontación de una ley con un tratado internacional no puede dar lugar a

315 Gustavo Vallespinos, Carlos, Oviedo Albán, Jorge. El derecho de las obligaciones y la protección jurídica del consumidor. Introducción al Derecho del consumo. Lineamientos centrales de la leyes 24.240 y 26.361.; en Obligaciones y Contratos en el Derecho Contemporáneo. Ed. Dike, 2010, P. 158.

316 Corte Constitucional, Sentencia 028 de 2006. Magistrado Ponente. Humberto Antonio Sierra Porto

•El derecho del consumo como el nuevo derecho de obligaciones especificado•

una declaratoria automática de constitucionalidad o inconstitucionalidad, ya que es necesario, a su vez, interpretarla sistemáticamente con el texto de la Constitución.

Establecido lo anterior es evidente que Colombia pretende estar acorde a los postulados internacionales en referencia al Derecho del consumo. La legislación nacional desde que inició la apertura económica en los años noventa se ha esforzado por incorporar al derecho interno las directrices mundiales que desarrollan el tema. Una clara manifestación de este fenómeno se encuentra incluso como ya se mencionó en el artículo 78 de la Constitución, el cual cita:

ARTÍCULO 78. VIGILANCIA A PRODUCCIÓN, BIENES Y SERVICIOS.

La ley regulará el control de calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así como la información que debe suministrarse al público en su comercialización. Serán responsables, de acuerdo con la ley, quienes en la producción y en la comercialización de bienes y servicios, atenten contra la salud, la seguridad y el adecuado aprovisionamiento a consumidores y usuarios.

El Estado garantizará la participación de las organizaciones de consumidores y usuarios en el estudio de las disposiciones que les conciernen. Para gozar de este derecho las organizaciones deben ser representativas y observar procedimientos democráticos internos.

Es indudable que Colombia en la actualidad busca modernizar sus postulados comerciales a los estándares mundiales, ya que el objetivo de los últimos gobiernos ha sido cada vez más liberalizar el mercado nacional con la celebración de múltiples tratados de libre comercio, que buscan incorporar la economía nacional a los escenarios económicos internacionales, y para lo cual es necesario adoptar las directrices referentes al Derecho del consumo, en especial lo concerniente a la protección del consumidor, ya que ningún país tecnificado industrialmente permitiría que productos sin una óptima calidad ingresaran a sus mercados.

Igualdad en el siglo XIX e igualdad en el siglo XX

Precisión histórico-conceptual

Recapitulando varios puntos atrás analizados y a manera conclusiva, cabe anotar que la ciencia del derecho privado (*Privatrechtswissenschaft*), esto es la aproximación dogmática hecha con una pretensión de verificabilidad, de predicción certera de las decisiones judiciales en materia de adjudicación de la propiedad, obligaciones y contratos, parte de dos principios: la igualdad y la libertad.

Pareciera que en un primer momento histórico esos dos principios son la fórmula incompleta de hechos reivindicantes que modificaron el entendimiento del Estado en la Francia del *Ancien Regime*. Libertad, igualdad, fraternidad rezaba el adagio jacobino que imponía una nueva forma de Estado tras la revolución francesa. Sin embargo, no es claro su significado en el contexto histórico en el que fueron proclamados en la Revolución de 1789. De tal modo, la observación hecha, entre otros por el insigne Profesor *Mosset Iturraspe* en cuanto a que el *Code* no fue leído como una consecuencia, así fuera reaccionaria ante esa forma de Estado, resulta avasalladora: el *Code* olvida de manera tajante esas tres insignias políticas³¹⁷. Napoleón por encima de cualquier otro objetivo, persigue la unificación de las fuentes del derecho gobernadas por su propia mano. La revolución era pues un momento superado que antes que celebrar o lamentar, debía por sobre todo ser borrado.

La igualdad fue entendida para 1804, como una igualdad censitaria, una igualdad formal, si se quiere una verdadera discriminación de los poderosos frente a los débiles. Fueron los presupuestos patrimoniales los que delimitaron los derechos burgueses y ciudadanos. Sólo el varón, propietario, mayor de edad podía pretender una mínima igualdad, traducida en libertad. Él, junto con sus iguales, tenía reconocidas sus prerrogativas de negociar, de celebrar contratos de compraventa o permuta, de adquisición de crédito y de instituir censos a favor de sus descendientes, de su mujer o de un familiar o amigo caído en desventura. La libertad era apenas una ficticia aproximación etérea que simplemente conminaba a la gran masa a desligarse del monarca, pero manteniendo aun la fuerte jerarquización familiar en cabeza del padre, al antiguo Derecho Romano.

317 Mosset Iturraspe, Jorge. *Defensa de los Consumidores*. Santa Fe, Argentina. 2011. P. 10-11.

El *bonus pater familias* fue el nuevo monarca y su catálogo de conducta se postulaba en el *Code* para impedir las desobediencias insolentes. Así, la libertad quedó ensombrecida por una igualdad predicable respecto de muy pocos y sólo respecto de ellos. La igualdad se convirtió en derecho, para mantener su noción de casta intocable: el contrato era sólo susceptible de ser celebrado entre sujetos reconocidos como capaces plenos, de modo que sólo entre ellos circulara la propiedad, que excluiría entonces a todos aquellos que no cumplieran los requisitos delimitados a una excelsa minoría de sujetos. Baste recordar que debía nombrarse un curador a la mujer huérfana sin marido³¹⁸.

Tuvo que transcurrir casi un siglo y medio, para que en el sistema continental de derecho positivo, fueran reconocidos los derechos fundamentales por primera vez en la Constitución de *Bonn* de 1949, para la parte occidental de Alemania, también conocida como República Federal de Alemania. Siglo y medio, para que el derecho privado positivo continental admitiera, que el derecho normativo estructurado en reglas de tipo legal, podía ser trastocado por principios generales de rango constitucional, entendidos como derechos intangibles de los ciudadanos. Konrad Adenauer, primer canciller federal alemán, tuvo que acceder a escribir, no una constitución para Alemania, de la mano de los aliados y principalmente de los norteamericanos, sino una así llamada Ley Fundamental, por su traducción literal del alemán (*Grundgesetz*), que a la vera de una eventual reunificación alemana, permitiera transmutar todo lo antijurídico y reprochable del apenas descubierto holocausto, en un cuerpo macizo y robusto de juridicidad³¹⁹.

Al efecto, los artículos 1 a 19 de la Ley fundamental contendrían un listado de los así llamados derechos fundamentales que junto con las normas siguientes o parte orgánica, vendrían a componer la Ley Fundamental alemana. A su turno, tuvieron que transcurrir cuarenta años exactos para que la cortina de hierro iniciara su caída y Alemania pudiera gestar *motu proprio* su costosísima, pero catártica reunificación, que en menos de dos décadas, catapultó de nuevo a la República Federal de Alemania a ser la primera economía del viejo continente, en un evento

318 Hans Hattenhauer. *Conceptos fundamentales del Derecho civil*. Editoial Ariel. Barcelona, España. 1987. P. 13 a 28.

319 Canaris, Larenz. *Der Weg zum Grundgesetz 1949*. 2006, P. 100-143.

que, como postula el grandioso *Eric Hobsbawm* evidenció que todas las revoluciones del siglo xx fueron un absoluto fracaso: la caída del Muro de Berlín³²⁰.

La libertad y la igualdad como postulados constitucionales

En efecto, no es a la libertad o a la igualdad románticas a las que se quiere hacer alusión. No es a la libertad o a la igualdad entendidas como una forma revolucionaria de resistencia contra la monarquía francesa que desató la toma del poder en La Bastilla y el cambio de paradigma político reglamentario, ni la separación de poderes, ni la equiparación del monarca a una forma de ejercicio democrático representativo, tampoco es a una igualdad ni a una libertad formales de cuño legal.

En términos referenciales históricos es a la libertad y a la igualdad como postulados constitucionales. Si se quiere, a las concepciones de libertad y de igualdad que *Schmitt* y *Kelsen* edificaron como una forma límite del ejercicio del poder del Estado; a la libertad y a la igualdad entendidas como un momento *ex ante*, preconstituyente y que por lo tanto ese mismo Estado en un momento *ex post* no podía desconocer, pero menos aún, violar o incluso afectar, o siquiera amenazar³²¹.

El momento certero en que esas concepciones toman forma por primera vez en el Estado continental coincide con la expedición de la recién mencionada *Grundgesetz* o Ley Fundamental de Bonn de 1949. Allí, la frase primera del artículo segundo y la frase primera del artículo tercero postulan y materializan las primeras cláusulas de libertad y de igualdad, respectivamente, concebidas como derechos fundamentales inviolables en el sistema continental europeo, incluso de una manera a lo sumo análoga al derecho a la vida (inciso 2º del artículo 2º de la LF).

Así, postula la primera de esas normas:

Toda persona tiene el derecho al libre desarrollo de su personalidad, siempre que no viole los derechos de otros ni atente contra el orden constitucional o la ley moral.

320 Hobsbawm, Eric. *A la zaga: Decadencia y fracaso de las vanguardias del siglo xx*. Editorial Crítica Barcelona. Traducción por Gonzalo Pontón. 2006.

321 Kelsen, Hans. *El Derecho como técnica social específica*. Editorial Ariel. Traducción Albert Calsamiglia. Barcelona. 1991, y también Schmitt, Carl. *El concepto de lo político* (1932), Madrid, Alianza Editorial, 1998.

Al paso que la segunda preceptúa:

Todas las personas son iguales ante la ley.

[...]

Nadie podrá ser perjudicado ni favorecido a causa de su sexo, su ascendencia, su raza, su idioma, su patria y su origen, sus creencias y sus concepciones religiosas o políticas.

Nadie podrá ser perjudicado a causa de un impedimento físico o psíquico.

Valga anotar ahora lo que no es un secreto, la Constitución española de 1978 hizo buen acopio tanto de la literalidad de las dos normas recién leídas, como el Tribunal Constitucional de sus desarrollos jurisprudenciales. La grandilocuencia de la sentencia *Lüth*, la ortodoxia de la sentencia “del Jinete” o la precisión conceptual de la sentencia “publicación de cartas”, no siempre fueron, sin embargo, con todo, precisamente acogidas en los desarrollos ulteriores de la jurisprudencia de otros ordenamiento jurídicos, pero fue el transcurso del tiempo y la consolidación de una perspectiva garantista y proteccionista en pro de los derechos humanos lo que fue dando la posibilidad de que los postulados jurisprudenciales del Tribunal Constitucional Alemán fueran permeando el Derecho en otras zonas geográficas.

La libertad y la igualdad en la Constitución de 1991

En 1990 el constituyente colombiano copió a su turno en los artículos 13 y 16 del nuevo texto, las que típicamente se denominan por la dogmática, cláusulas generales de igualdad y libertad, respectivamente. Obviados los vericuetos de filigrana que son ostensibles en los artículos 15 y siguientes de la Constitución española, con respecto a los dos principios, puede ser evidenciada una copia casi literal de los textos traducidos del alemán y que fueron volcados en nuestra Carta Política, con pretensiones mucho más humanitarias que burguesas. Así, una aliteración casi completa de los derechos de igualdad y libertad reposan en nuestra constitución, instituyendo los principios a través de los cuales es menester releer entonces el derecho privado.

La cláusula general de libertad en Colombia está postulada en el artículo 16 de la Constitución Política, como se ha mencionado. La así llamada *freieEntfaltung der Personlichkeit* o la libre configuración de la personalidad, es en principio, si partimos de la dogmática alemana del derecho, fuente no sólo de la libre escogencia de la imagen de la persona, de su libertad religiosa, ideológica, sexual, ética o moral entre otras, sino también de su libertad económica: Qué contratos concluir, con quién hacerlo, en qué condiciones, bajo qué premisas o cláusulas, cómo ampliar su patrimonio, cómo explotarlo, cuándo fundar una empresa. Incluso, como lo ha expresado el Tribunal Constitucional Federal alemán, en su minuciosa jurisprudencia, asuntos que revisten alguna delicadeza como qué tan precisa es la información que se rinde al Estado para tributar, o si se concurre a una plataforma electrónica a negociar, personalmente o por interpuesta persona, son decisiones del talante libertario privatista, que le compete tomar única y exclusivamente al sujeto amparado en esa norma constitucional, contenida en la frase primera del inciso primero del artículo 2º de la LF, bajo el postulado, derecho al libre desarrollo de la personalidad (p. ej. BGH, IZR, 131/12).

El doble postulado de la libertad en la constitución de 1991 y su tratamiento

En este punto, cabe reiterar un punto común a lo largo del escrito: por alguna razón, que *prima facie* parece insostenible, se postuló nuevamente en el artículo 333 de nuestra constitución, que:

La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos sin autorización de la ley.

La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades.

[...] El Estado, por mandato de la ley impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.

La Corte Constitucional, en sentencia C-524 de 1995³²² ha dicho que *“Por libertad de empresa hay que entender aquella libertad que se reconoce a los ciudadanos para afectar o destinar bienes de cualquier tipo (principalmente de capital) para la realización de actividades económicas para la producción e intercambio de bienes y servicios conforme a las pautas o modelos de organización típicas del mundo económico contemporáneo con vistas a la obtención de un beneficio o ganancia (...)”*

Desde perspectivas comparadas, pareciera mucho más dificultoso argüir sobre las ventajas de tener dos cláusulas de libertad en un mismo ordenamiento, máxime si se aborda esa coexistencia normativa desde perspectivas ontológicas o instrumentales, pero aun más si se tienen en cuenta elementos axiológicos. En la República Federal de Alemania y en general en casi todas las constituciones renovadas por el así llamado neoconstitucionalismo en Europa o en Latinoamérica, la cláusula general de libertad es postulado (y razón suficiente) para fundamentar, incluso para releer, toda clase de libertades, circunscribiendo también las libertades de tipo negocial o económico. Lo cierto es que una separación ontológica de la libertad burguesa o económica de otras clases de libertad, no sólo resulta supremamente compleja de argumentar y sostener en términos de técnica constitucional, sino que, entre otras cosas, presupone a un constituyente agobiado por la tiranía de ciertos actos del Estado, que a la postre, tampoco pareciera ser una razón (ni necesaria, ni suficiente) para sostener la criticada separación.

Las explicaciones que ha ofrecido la dogmática nacional para sustentar esa diferenciación entre el artículo 16 y el artículo 333 son bastante pobres, pero en aras de simplificar un discurso, podría decirse que, en efecto, si pueden ser encontradas diferenciaciones tanto ontológicas como instrumentales.

Con respecto a las diferencias ontológicas, podría decirse que mientras el artículo 16 postula una cláusula general de libertad humanista, enfocada a evitar los abusos del Estado frente al individuo, esto es la imposibilidad de restringir la libertad del individuo a instancias del Estado, sin buenas razones; la libertad económica y de iniciativa privada, por otro lado, resultan ser el substrato de una posibilidad de concurrencia de todos los sujetos al mercado y a una dinámica económica: la

322 Corte Constitucional. Sentencia C-524/95. Magistrado Ponente. Dr. Carlos Gaviria Díaz. 16 de noviembre de 1995.

regulación de esta libertad propendería por una libertad de la persona frente a las otras, no ya frente al Estado.

La sentencia T-067 de 1998 en cuanto a los límites de la libertad que contiene el artículo 16 constitucional señala:

La dilatada esfera que describe el derecho al libre desarrollo de la personalidad, aparea restricciones y limitaciones que, necesariamente, se formulan en un lenguaje jurídico de contenido abierto, como presupuesto de posibilidad de la construcción del mismo orden jurídico que al mandar, permitir o prohibir difícilmente deja de afectar la libertad. En efecto, las limitaciones que pueden imponerse a este derecho son aquellas que provienen de “los derechos de los demás” y del “orden jurídico”. Sin embargo, no se remite a duda que la aplicación indiscriminada de limitaciones podría conducir a una inexorable erosión del contenido del derecho. La Corte Constitucional se ha negado a aceptar que el libre desarrollo de la personalidad, se circunscriba a proteger las acciones del sujeto que no hayan sido previamente limitadas por la ley. No obstante, el derecho al Libre Desarrollo de la Personalidad no se reduce a la pretensión, por cierto legítima, dirigida a que las limitaciones legales a la libertad personal se ajusten a la Constitución Política. La Corte ha reconocido en el indicado derecho un contenido sustancial que se nutre del concepto de persona sobre el que se erige la Constitución Política³²³. (Subrayas fuera del texto).

Ahora bien, en términos instrumentales se debería admitir que mientras las limitaciones a la libertad económica son mucho más viables por cuanto esa libertad está enmarcada por el bien común y el interés general, que delimita también el derecho de propiedad (artículo 58 Constitución Política, con el que sistemáticamente debe ser reinterpretado el artículo 333), la limitación de la libertad consagrada en el artículo 16 debería obedecer a cánones mucho más rigurosos.

Así, en efecto, medidas como la privación de la libertad, la denegación del cambio de nombre por razones de identidad de género diverso, serían conductas estatales que ameritaran un soporte justificativo mucho más riguroso que otras medidas tales como la prohibición de venta de productos de primera necesidad

323 Corte Constitucional. Sentencia T-067 de marzo 5 de 1998. Magistrado Ponente Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

•El derecho del consumo como el nuevo derecho de obligaciones especificado.

por encima de determinado precio, o la regulación del valor de la gasolina o de las tasas por servicios públicos.

Caso 13: una institución educativa se niega a permitir que K –persona identificada sexualmente como transgénero– ingrese a clases por vestir el uniforme femenino de la institución, ya que, siendo su sexo genético masculino, debe portar el uniforme establecido en el manual de convivencia para los varones³²⁴.

Indicación: Corte Constitucional. Sentencia T-562 de 2013. M.P. Mauricio González Cuervo.

Sin embargo, la Corte Constitucional en sentencia C-524 de 1995, señaló en lo relativo a los límites de la libertad de empresa algo que difiere sustancialmente de lo dicho:

(...) Con respecto a las limitaciones que según nuestro Estatuto Supremo se permite imponer a la libertad económica, ha dicho la Corte que “en el marco de un Estado Social de Derecho (CP art.1), fundado en la dirección general de la economía por parte del Estado (CP art.334), —tal libertad— está sometida a limitaciones potenciales más severas que las otras libertades y derechos constitucionales”, pues como se dejó establecido “la Constitución confiere un mayor valor a los derechos y libertades de la persona que a los derechos y libertades de contenido puramente patrimonial (...)

Y en reciente fallo expresó, que “las limitaciones que la ley imponga a la actividad económica y a la libre competencia, habrán de ser serias y razonables (...)

Queda claro, entonces, que el legislador tiene atribución constitucional para establecer ciertas limitaciones a la libre empresa con los fines a que se hizo alusión en párrafos anteriores, siempre y cuando dichas restricciones no sean de tal magnitud que hagan nugatorio el derecho y, que en desarrollo de la facultad de intervención económica, cuenta con poder suficiente para injerir en “la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes”. (Subrayas fuera del texto).

324 Corte Constitucional. Sentencia T-562 de 2013. M.P. Mauricio González Cuervo.

Por último, sólo basta agregar que nuestro Tribunal Constitucional ha hecho una diferenciación radical al mencionar que el derecho contenido en el artículo 333 de la C. P. no es un derecho fundamental, como quedó postulado en la parte inicial de este estudio, en tanto que el derecho del artículo 16 sí lo es. En este sentido la Corte Constitucional, ha mencionado en la C-263 de 2011, que:

No obstante, en los términos del artículo 333, las libertades económicas no son absolutas. Esta disposición señala que la empresa tiene una función social que implica obligaciones, prevé que la libre competencia supone responsabilidades, e indica que la ley delimitará el alcance de la libertad económica “cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación”. Con base en esta disposición de la Carta, la jurisprudencia constitucional ha concluido que las libertades económicas son reconocidas a los particulares por motivos de interés público. Por esta razón, en reiterada jurisprudencia, esta Corporación ha aclarado que las libertades económicas no son en sí mismas derechos fundamentales. (Subrayadas fuera de texto)

Sin embargo, a pesar de las consideraciones anteriores, no parecieran existir argumentos significativos que permitan hacer una diferenciación epistemológica entre uno y otro derecho. A la hora de evidenciar el instrumental que permite operar con esos derechos, los mecanismos serían finalmente los mismos. Así, entonces, las libertades postuladas por el artículo 333 podrían ser limitadas a instancias estatales, solamente cumpliendo con los respectivos exámenes instrumentales y ontológicos, igual como ocurre con las libertades postuladas en el artículo 16.

En ese orden de ideas, debemos considerar dos instrumentos decisivos para el tratamiento de las libertades descritas:

El primero es el así llamado principio de proporcionalidad, que es el constructo en el ámbito internacional, diseñado para restringir válidamente libertades de tipo constitucional, o si se quiere, por parte del Estado. En segunda instancia, el bien común parece ser el principal elemento de restricción ontológico de las libertades económicas postuladas por el artículo 333 de la C. P., lo cual es un elemento diferenciador de la axiología predicable del artículo 16.

Caso 14: una adolescente que regularmente usa *piercing* en su rostro es admitida a una institución educativa de carácter privado, en donde no se le da a conocer el respectivo manual de convivencia a sus acudientes. Al momento de iniciar las clases le fue negada la asignación de un curso por parte de los docentes encargados de la coordinación, pues estos condicionaron su ingreso al retiro de los *piercing* de su rostro. ¿Constituye esto una conducta atentatoria contra el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad de la menor, así como el derecho a la educación?³²⁵.

Indicación ver: Sentencia T-839 de 2007. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

Es así como, en términos generales, es necesario decir que la libertad y la igualdad como principios instrumentales deben ser correctamente delimitadas dentro del espectro constitucional correspondiente. La libertad específicamente debe ser mejor entendida por parte de iusprivatistas y constitucionalistas en el espectro nacional, para poder acotar adecuadamente no sólo su naturaleza jurídica, sino su dinamismo instrumental, que posibilita en otras instancias (en otros niveles, incluso) la evaluación de, entre otras, la tarea legislativa.

En esa perspectiva los artículos 16 y 333 constitucionales guardan contenidos regulatorios diversos, pero en términos de verificabilidad instrumental, su fundamento es en principio idéntico. Así, el principio de proporcionalidad es un método, límite e instrumento válido de restricción de libertades adjudicadas al artículo 16, en tanto que para operar con el artículo 333, además es necesario tener en cuenta el postulado transversal del bien común, como lo señala expresamente la Constitución.

Haciendo una aproximación rigurosa no es claro por qué deberían restringirse libertades adjudicadas al artículo 333 de manera diversa a como se restringen las correspondientes al artículo 16. Sin embargo, el tema aun está abierto para ser discutido. De igual manera, la instrumentalización de principios no debería impedir el reconocimiento constitucional certero de límites explicitados por el texto, como por ejemplo, el bien común.

Sin embargo, y en relación con el Derecho del Consumidor, vale la pena aclarar que en cuanto a la normatividad que lo regula, se encuentra el artículo 78 constitucional, pero además el artículo 13 relativo a la condición de libertad e igualdad con que nacen todas las personas, como desarrollo del derecho de igualdad del

325 Corte Constitucional. Sentencia T-839 de 2007. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

que son titulares todas las personas, especialmente las que se encuentran en condiciones de debilidad manifiesta, como sucede con el consumidor³²⁶.

Caso 15: el propietario de un establecimiento de comercio ubicado en un centro comercial alega la vulneración de los derechos a la libertad económica, libertad de conciencia y de cultos, derecho al trabajo y a la familia, debido a una decisión adoptada por el Consejo de Administración del centro comercial en donde se obliga a todos los dueños de los mencionados establecimientos de abrir sus puertas los días domingo, bajo sanción de una multa de \$130.000 pesos cada vez que incumpliesen tal orden³²⁷.

Indicación: consultar Corte Constitucional. Sentencia T-555 de 2003. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

Constitución Política. Artículo 78, inciso segundo

El Estado Social de Derecho, tiene como función proteger los derechos de los consumidores, es decir, el acceso efectivo de estos, a bienes y servicios que cumplan con unos estándares mínimos de calidad, que se traducen en un mayor grado de bienestar para la sociedad. La Constitución Política de Colombia del año 1991, en su artículo 78, le otorgó estatus constitucional a los derechos de los consumidores y usuarios, con lo cual se dio indiscutiblemente un paso trascendental en referencia al Derecho del Consumidor³²⁸.

El artículo 78³²⁹, señala de manera expresa que es obligación del Estado controlar la calidad de los bienes y servicios ofrecidos a los consumidores y la información que sobre estos se encuentra en el mercado. Indica también que *“serán responsables, de acuerdo con la ley, quienes en la producción y en la*

326 Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá. Consultar [en línea] Disponible en: http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub_rev/univ_est/documents/21NovedadesJurisprudenciales.pdf

327 Corte Constitucional. Sentencia T-555 de 2003. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

328 Comisión Colombiana de Juristas. Consultar [en línea] Disponible en: http://www.coljuristas.org/documentos/libros_e_informes/cpc_titulo_ii.pdf. Consultado el 12 de abril del 2015.

329 “Artículo 78. La ley regulará el control de calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así como la información que debe suministrarse al público en su comercialización. Serán responsables, de acuerdo con la ley, quienes en la producción y en la comercialización de bienes y servicios, atenten contra la salud, la seguridad y el adecuado aprovisionamiento a consumidores y usuarios. El Estado garantizará la participación de las organizaciones de consumidores y usuarios en el estudio de las disposiciones que les conciernen. Para gozar de este derecho las organizaciones deben ser representativas y observar procedimientos democráticos internos”.

comercialización de bienes y servicios, atenten contra la salud, la seguridad y el adecuado aprovisionamiento a consumidores y usuarios. (...)”.

Merece especial atención, que la norma es bastante compleja por referirse a varios temas principales en el caso del Derecho del Consumidor. Primero se refiere a la calidad que deben tener los bienes y servicios; en segundo lugar indica la importancia del derecho de información que tienen los consumidores; tercero habla de la responsabilidad de los intervinientes en la cadena de producción y comercialización de los bienes y servicios; cuarto, menciona por primera vez la norma a la concepción de salud y seguridad, como elemento esencial de los bienes y servicios que llegan a los usuarios finales, concepto que desarrolla en el marco de la protección que deben proporcionar las entidades encargadas de la inspección y vigilancia del mercado en temas de consumo, como por ejemplo, la Superintendencia de Industria y Comercio; y finalmente garantiza la participación de las organizaciones de consumidores y usuarios en el estudio de disposiciones que les conciernen.

De acuerdo a lo anterior, es claro que la Constitución comprendió la necesidad de crear un campo de protección en favor del consumidor, basado en el propósito de impedir cualquier vulneración a los derechos de los consumidores, evitando cualquier riesgo que pudiese afectar la seguridad de este o poner en riesgo su salud. Sin embargo, cabe anotar que la Constitución no determina de manera específica los supuestos de protección que se deben otorgar a los consumidores y permitió que con el desarrollo legislativo, estos parámetros se fueran aclarando, de acuerdo a los cambios y necesidades impuestos por la dinámica del mercado.

Es por esto que el tema se desarrolla con base en la jurisprudencia tanto de las Altas Cortes, como de la Superintendencia de Industria y Comercio, que hoy día y gracias a la ley 446 del año de 1998, artículos 143 y siguientes y a la ley 1480, tiene facultades jurisdiccionales y puede 1) ordenar la efectividad de las garantías de bienes y servicios establecidas en las normas de protección al consumidor o las contractuales si ellas resultan más amplias; 2) imponer las multas sucesivas que procedan de acuerdo con la ley, por incumplimiento de las órdenes de efectividad de garantías emitidas y 3) conocer y decidir sobre demandas en materia de

competencia desleal (ley 256 de 1996) y resolver solicitudes que en este sentido se den sobre medidas cautelares³³⁰.

Debido al desequilibrio que se presenta en la relación en la que está envuelto el consumidor, la Constitución Política, especialmente el artículo 78, exige de manera atenta especial protección a quien está en posición de debilidad, es decir, los consumidores³³¹. La Corte Constitucional reitera en su sentencia C-524 de 1995 lo señalado en la Constitución expresando:

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 78 del Estatuto Superior, compete al legislador regular el control de calidad de los bienes y servicios que se ofrezcan y presten a la comunidad, como también la información que debe suministrarse al público en su comercialización. Son responsables, de acuerdo con la ley, quienes en la producción y en la comercialización de estos “atenten contra la salud, la seguridad y el adecuado aprovisionamiento a consumidores y usuarios”.

Señala también la Corte en la sentencia C-524 de 1995, que la información que se le da al consumidor debe ser completa, y por esto el producto debe contener los componentes, usos, volumen, peso o medida, precio, forma de empleo, características, propiedades, cantidad, entre otros. Sin embargo, son pocos los productos que realmente contienen esta información de manera clara y completa, por lo que hoy día son muchas las demandas a los productores, distribuidores, fabricantes³³² en Colombia que se presentan ante la Superintendencia de Industria y Comercio, por no cumplir los productos con estos requisitos. En este sentido, también resulta fundamental, que los consumidores conozcan la facultad que tienen para defenderse en caso de que un producto sea defectuoso o les genera daños en su salud y seguridad³³³.

330 Superintendencia de industria y Comercio. Consultar [en línea] Disponible en: <http://www.sic.gov.co/funciones>. Consultado el 12 de abril del 2015.

331 Pontificia Universidad Javeriana. Consultar [en línea] Disponible en: http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub_rev/univ_est/documents/21NovedadesJurisprudenciales.pdf

332 La ley faculta al consumidor para demandar a todos los intervinientes en la cadena de producción, frente a un eventual daño o incumplimiento.

333 Comisión Colombiana de Juristas. Consultar [en línea] Disponible en: http://www.coljuristas.org/documentos/libros_e_informes/cpc_titulo_ii.pdf. Consultado el 12 de abril del 2015.

•El derecho del consumo como el nuevo derecho de obligaciones especificado.

En cuanto al régimen de responsabilidad, que se origina por ser un producto defectuoso, vale decir, que la responsabilidad se origina en la fase de producción y en la fase de comercialización del producto. Es por esto que nace el derecho de reparación a los consumidores, que consiste en la posibilidad que tienen estos de adquirir el mismo bien, pero en buen estado o de recibir el dinero que pagaron por el bien, en ambos casos, con derecho a una indemnización por los daños causados.

La responsabilidad que se deriva de los participantes en la cadena de producción y distribución, “(...) *deviene de introducir en el mercado un producto que vulnera la seguridad del consumidor; pues así lo dispone la norma superior (artículo 78). En ese orden de ideas, fabricantes y proveedores enfrentan, en cuanto empresarios profesionales, un juicio de imputación de responsabilidad, fundado, primordialmente, en el hecho de haber puesto en circulación un producto defectuoso*³³⁴”.

Vale la pena señalar, que en desarrollo del *mandato constitucional del artículo 78, la indemnización de los daños causados a los consumidores se ubica en el ámbito del derecho de protección al consumidor y no en el de las reglas tradicionales del derecho privado patrimonial. (...) Esta solidaridad simplifica para los consumidores el trámite de acciones para la reparación de la indemnización, pues él o los demandados no podrán oponer excepciones relativas a la titularidad de la responsabilidad, pues las controversias por atribución o repetición no serán parte del proceso adelantado por el consumidor. En este sentido hay que tener en cuenta que cuando no se indique expresamente quién es el productor, se presumirá como tal quien coloque su nombre, marca o cualquier otro signo o distintivo en el producto* (...)”³³⁵.

Para finalizar, en lo relativo a la comercialización y distribución de bienes que atenten contra la seguridad y la salud de los consumidores, debemos hacer relación al concepto peligro en la legislación colombiana. Por no tener la ley 1480 de 2011, una definición expresa de lo que significa peligro, se toma en cuenta la definición del lenguaje común, que lo entiende como una situación específica que

334 Corte Constitucional. Sentencia C 1141 de 2000 & Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia de abril 30 de 2009, P. 35.

335 Giraldo López, Alejandro, Caycedo Espinel, Carlos Germán y Madriñan Rivera, Ramón Eduardo, Comentarios al Nuevo Estatuto del Consumidor, Legis, Primera Edición, 2012, P. 68 y 69. Consultar [en línea] Disponible en: http://www.sic.gov.co/documents/10157/1633035/Concepto_13-40240.pdf/cf1456d4-77e4-44ee-84ba-6d7346e67b5b

puede aumentar la inminencia de un determinado daño³³⁶. Es por esto, que debe hacerse un análisis preciso sobre los posibles riesgos a los que puede estar sometido el consumidor con el uso de un producto.

La jurisprudencia de la Superintendencia de Industria y Comercio, máxima autoridad en el tema de protección al consumidor, ha desarrollado este concepto haciendo alusión a la probabilidad de que se genere un daño a la vida, a la salud o la seguridad de los consumidores dentro del uso de los productos por parte de estos, bajo un escenario normal y habitual de uso³³⁷. De acuerdo con lo anterior, cabe señalar que a diferencia del concepto de seguridad, que es un requisito *sine qua non* del producto, el concepto de peligro hace referencia al riesgo que el mismo puede generar al consumidor con su uso.

Es por esto, que la citada Superintendencia, ha determinado que es el comerciante quien debe prevenir al consumidor de los peligros a los que se enfrenta con el uso de los productos, pues es este quien tiene el carácter de profesional lo que hace que conozca las características del producto, su funcionamiento y sus especificidades técnicas. No podría esperarse entonces que el consumidor conozca todas las implicaciones o riesgos que el producto puede generar, pues esto sería una carga adicional para el consumidor, que no estaría en condición que soportar. Al respecto indicó la Superintendencia:

(...) Es que no se puede pretender que un consumidor del común interprete e intuya sobre los peligros que no le son expresamente advertidos por quien tiene la carga de hacerlo, esto es, el comerciante³³⁸.

Adicionalmente, el concepto de peligro tienen una relación directa con el destinatario final del producto, es decir, los riesgos pueden aumentar considerablemente si el destinatario final es aquel que se denomina “consumidor vulnerable”. Es por esto que existe la necesidad de identificar el consumidor, lo que permitirá

336 De acuerdo con la definición establecida por la Real Academia de la Lengua. Disponible en: <http://www.rae.es/recursos/diccionarios/drae>

337 República de Colombia. Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución número 37886 Radicación 12-157565 de fecha 9 de enero de 2013.

338 República DE Colombia. Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución número 37886. Radicación 12-157565 de fecha 25 de junio de 2013.

•El derecho del consumo como el nuevo derecho de obligaciones especificado•

determinar con más precisión el peligro del producto. En algunos casos, el consumidor por sus características físicas o mentales tiene mayor probabilidad de estar en riesgo de daño por el uso del producto, por lo que la intervención de la autoridad competente será más fuerte, con el fin de evitar la desigualdad que existe en el mercado entre los mismos consumidores.

Con respecto a esto, la Superintendencia de Industria y Comercio, ha concluido:

Así pues, el reconocimiento de la vulnerabilidad del consumidor es un factor imprescindible para garantizar relaciones contractuales justas y equánimes, precisamente porque es un instrumento que busca neutralizar las desigualdades sufridas en el mercado, que se producen por el simple hecho de que el consumidor se enfrenta a la otra parte del contrato -el productor-, como la parte más frágil.

Solamente el derecho puede corregir la disparidad de fuerzas enfrentadas por las personas naturales y/o jurídicas, cuando de la celebración de cualquier negocio jurídico se trate, por lo que es obligación de la Superintendencia de Industria y Comercio, cubrir esta necesidad³³⁹.

La Corte Constitucional, en este sentido, ha señalado en relación con la definición de peligro lo siguiente:

... una atenta lectura del artículo 78 de la Carta y de la discusión que se generó en la Asamblea Constituyente, dan cuenta de que en el mencionado precepto el constituyente se ocupó de un tema específico, como lo es el de las situaciones en las cuales se genera una situación de riesgo para los consumidores ...situaciones de riesgo previstas en la Carta (salud, seguridad y adecuado aprovisionamiento)³⁴⁰.

En relación con el concepto de riesgo, expresa la Superintendencia de Industria y Comercio que es la combinación de peligro y probabilidad³⁴¹. Para esta Superintendencia, es una variable importante en los análisis de seguridad de los pro-

339 *Ibidem*.

340 Corte Constitucional. Sentencia C-973 de 2002 Magistrado Ponente Dr. Álvaro Tafur Galvis.

341 República DE Colombia. Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución número 67541 de 2012. Radicación 12-113242, de fecha 1 de noviembre de 2012.

ductos, pues por las condiciones particulares del consumidor, se puede sufrir una mayor afectación, es decir, puede eventualmente tener un mayor grado de daño, análisis que está directamente relacionado con el tipo de consumidor y el tipo de producto o servicio, como se menciona a continuación:

Así las cosas, la evaluación del riesgo que conlleva el uso de estos vehículos cuatrimotos debe ser asumido a partir de la población infantil vulnerable, quienes, en mayor proporción, son los usuarios de esta clase de bienes (...) De lo que viene de verse, concluyese que el riesgo intrínseco que conlleva el uso del vehículo cuatrimoto especialmente diseñado para el uso de niños —MINI ATV— es el de sufrir lesiones graves como fracturas y también en tejidos blandos o un accidente mortal, tal como aconteció (...) ³⁴².

Una de las razones por las cuales el Estado tiene una protección especial frente a los consumidores, es su condición de no profesionales, lo que les hace imposible, tomar decisiones de forma eficiente y segura. Es el mercado, el que ha generado que el consumidor tenga más barreras frente a la información que recibe en relación con la calidad e idoneidad de los productos y sobre todo, han aumentado los riesgos que tiempo atrás eran previsibles en el uso de los mismos, aumentando la probabilidad de producir importantes daños y mayores efectos adversos, sobre todo en poblaciones vulnerables, como niños o personas con discapacidad.

Igualdad efectiva

A partir de la era industrial y postindustrial, surgió la necesidad de reevaluar la manera en cómo se negociaban los contratos, es decir, se necesitaba una dinámica más rápida, que se adecuara a la velocidad con que crecía el comercio. Debía crearse un nuevo proceso económico de producción y comercialización ³⁴³. En este sentido, un contrato con cláusulas ya establecidas por el empresario, y unos modelos de contratos, contentivos de cláusulas generales, resultaron ser “instrumentos adecuados para las economías de masas”. Estos contratos, permitían, entre otras cosas, ahorrar tiempo en la discusión del clausulado, lo que llevó a una

342 República DE Colombia. Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución número 37886 Radicación 12-157565 de fecha 25 de junio de 2013.

343 Alterini, *Op., cit.*, P. 238.

•El derecho del consumo como el nuevo derecho de obligaciones especificado.

homogeneidad en la contratación empresarial, y ahorrar tiempo también en los litigios, porque dispone ya el contrato de una solución a los conflictos³⁴⁴.

Es así como nace el Derecho de Consumo. Un concepto que según la Corte Constitucional tiene carácter poliédrico por comprender asuntos de carácter sustancial, procedimental y de participación. Señala la Corte:

Los derechos del consumidor, no se agotan en la legítima pretensión a obtener en el mercado, de los productores y distribuidores, bienes y servicios que reúnan unos requisitos mínimos de calidad y de aptitud para satisfacer sus necesidades, la cual hace parte del contenido esencial del derecho de consumidor. El derecho del consumidor, cabe advertir tiene carácter poliédrico. Su objeto, en efecto, incorpora pretensiones, intereses y situaciones de orden sustancial (calidad de bienes y servicios; información); de orden procesal (exigibilidad judicial de garantías; indemnización de perjuicios por productos defectuosos; acciones de clase, etc.); de orden participativo (frente a la administración pública y a los órganos reguladores)³⁴⁵.

A partir de esto, nace el concepto de consumidor, enfrentado al concepto de empresario. (y consecuentemente las nociones de negocios para negocios y negocios para consumo B2B Y B2C). En el derecho moderno, y con la situación que se presenta, se adoptó entonces una normatividad que va a adaptarse a las necesidades de los consumidores, distanciándose de la legislación clásica de la que se beneficiaban los empresarios. La noción de protección nace de la idea *“la inferioridad de los profanos respecto de los profesionales que tienen una superioridad considerable en las relaciones contractuales, en especial en las que se enlazan “entre los productores y distribuidores, de una parte, y los consumidores de la otra”*. Es decir, se plantea una relación desequilibrada, en donde una de las partes es la débil en la relación contractual.

Sin embargo, no debe olvidarse que en Colombia, hay normas que protegen al consumidor, precisamente por ser la parte débil, como es el caso del artículo 78 constitucional. Al respecto señala la Corte Suprema de Justicia: *“Así, el artículo 78 de la Carta Política de 1991 alude a dos esferas de protección disímiles,*

344 Alterini, Op., cit., P. 238 (Vallespinos C. G.: *El contrato por adhesión a condiciones generales*, Buenos Aires, 1984; Amaral, A. Jr.: *Proteção do consumidor no contrato de compra e venda*, Sao Paulo, 1993).

345 Corte Constitucional. Sentencia C-1141 del 30 de agosto de 2000.

aunque complementarias, pero claramente definidas: (...) Trátese pues, de una franca y rotunda alusión, de índole constitucional, a un régimen de responsabilidad de productores y distribuidores, derivado, ya no de las deficientes o irregulares condiciones de idoneidad y calidad de los productos que manufacturan o mercantilizan, sino de los actos que lesionan la salud y seguridad de usuarios y consumidores. Desde esa perspectiva, esta última prescripción complementa y perfecciona el conjunto de salvaguardas de la parte débil de la relación de consumo". Adicionalmente, está el artículo 4 de la ley 1480 que reza: "*(...) Las normas de esta ley deberán interpretarse en la forma más favorable al consumidor. En caso de duda se resolverá a favor del consumidor. (...)*"³⁴⁶.

Los artículos 334, contentivo del principio de libre competencia, que favorece al consumidor por lograr más calidad, más oferta, mayor tiempo de garantía, y en general, beneficiarlo, y 368 de la Constitución, que prevé un subsidio para que las personas de menores ingresos puedan pagar las tarifas de los servicios públicos domiciliarios que cubran sus necesidades básicas, también son normas que proveen protección al consumidor por encontrarse en posición de debilidad.

La relación contractual entre consumidor y empresario, lleva implícita un principio de libertad contractual, que se desarrolla a través del principio de la Autonomía Privada. En este se describe la libertad de cada uno de los contratantes, de configurar una relación contractual a través de la "voluntad". Este principio de la Autonomía Privada de la Voluntad, está reglamentado en el derecho alemán en §305-311 BGB y de él surgen dos presupuestos en la relación contractual (*AllgemeineGeschäftsbedingungen*): Un presupuesto subjetivo que implica la relación entre la empresa y el consumidor; otro, es el presupuesto objetivo que se conoce como el contrato en sí mismo y la configuración de este, que parte de tres principios. El primer principio es el denominado de la conclusión contractual (*Gestaltungsfreiheit*) que en algunos casos faculta a las partes para que se amplíe algún término regulado en el contrato, el segundo principio se refiere a las cláusulas del contrato, es decir, las condiciones generales que el empresario le impone al consumidor, y el tercer principio consiste en la determinación de la contraparte

346 Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 30 de abril de 2009, Magistrado Ponente Dr., Pedro Octavio Munar Cárdenas.

•El derecho del consumo como el nuevo derecho de obligaciones especificado.

contractual (*Abschlussfreiheit*)³⁴⁷, todo lo cual quedó referido liminarmente en el capítulo quinto.

Paradigma de la libertad negocial: Derecho de celebración de determinación de la contraparte contractual, de configuración misma del contrato, y el derecho de conclusión contractual

La fuerza obligatoria de lo convenido

Las normas que regulan los contratos son por lo general *default rules*, a través de las cuales, “*se evita que las partes estén precisadas a lograr un acuerdo sobre todas las cuestiones, y se las considera adecuadas a la intención de los contratantes cuando se puede presumir que reflejan el entendimiento común o las expectativas convencionales que probablemente integran la asunción tácita de las partes*”³⁴⁸, lo anterior, teniendo siempre en cuenta el principio de la buena fe contractual, como base para no tomar ventaja cuando en el contrato haya un tema no regulado o no desarrollado expresamente por las partes, pero que aun así, no va a generar perjuicios para ninguna de ellas, gracias a la interpretación del mismo, a la luz de este principio de buena fe.

Es así como se entiende que el contrato no regula todas las temáticas, pero sí constituye un “*esqueleto altamente ajustable, un esqueleto que casi nunca indica exactamente las relaciones verdaderas, pero que brinda una fuerte señal alrededor de la cual tales relaciones cambian, una guía ocasional en casos de duda, y una norma de último recurso cuando de hecho las relaciones dejan de operar*”³⁴⁹.

En este sentido, la determinación de las obligaciones que surgen del contrato, se ha ampliado en la medida que se incorporaron unos deberes secundarios de conducta que surgen del principio de buena fe. Es por esto, que la interpretación de los contratos hoy día, surge no sólo del contrato, sino también de una visión sistemática que se hace de él. Es importante resaltar, que el comportamiento de

347 Bronx/Walker. Allgemeines Schuldrecht. 35. Auflage. 2011. §4, 62.

348 Alterini, *Op.*, Cit. P. 228. Tomado de: R. Barnett, “The Sound of Silence: Default Rules and Contractual Consent”, 78 Virginia Law Review, 1992, P. 821.

349 Alterini, *Op.*, Cit. P. 229. Tomado de: K. Llewellyn, “What Price Contract? An Essay in Perspective”, en Yale Law Journal núm. 40, may. 1931, P. 737.

las partes, debe ser conforme a los principios, no sólo desde la firma del contrato, sino desde que se tiene la intención de realizarlo, incluso antes de que exista una oferta de por medio³⁵⁰.

Adicionalmente, durante la ejecución del contrato, las partes también deben actuar de buena fe, ya que en el contrato se crean unas obligaciones secundarias *“pues las vincula con los alcances en que razonablemente se habría obligado un contratante cuidadoso y previsor, incluyendo a las consecuencias virtualmente comprendidas en él, conforme a su naturaleza, a las negociaciones previas, a la conducta ulterior, a las prácticas establecidas entre las partes³⁵¹, a los usos si no han sido excluidos expresamente³⁵² y a la equidad³⁵³, teniendo en cuenta la finalidad del acto y las expectativas justificadas de la otra parte³⁵⁴”*.

En síntesis, el contrato tiene su fuerza obligatoria en el mismo, y en los principios que de él se desprenden como el de la buena fe. Es un instrumento que debe interpretarse entonces, de manera sistemática, y que genera obligaciones en todas las etapas de la “negociación”. Dado lo anterior resulta también necesario hacer la siguiente precisión, no siempre los contratos basaron su interpretación en principios como el de la buena fe; diferenciaciones como estas, surgieron por los cambios económicos y los procesos de globalización que transformó al derecho patrimonial, y por ende la forma de entender la naturaleza clásica de los contratos. Los contratos al ser el medio por el cual se generan las transacciones de bienes y servicios necesarios para el desarrollo y desenvolvimiento de la sociedad y el hombre, se vieron influenciados por los nuevos postulados de la globalización,

350 Alterini, *Op., cit.*, P. 229, 344. Tomado de: Fundamentos del Proyecto de C.C. argentino de 1998, núm. 161.

351 Alterini, *Op., cit.*, Pág. 229 Tomado de: El *UniformCommercialCode*, sec. 2-103 (1) (b) introduce la idea de observancia de las pautas comerciales razonables de buena fe.

352 Alterini, *Op., cit.*, P. 229 Tomado de: C.C. Italiano de 1942, art. 1340.

353 Alterini, *Op., Cit.* P. 229 Tomado de: C.C. Uruguayo, art. 1291; C. De Co. Uruguayo, art. 209; C.C. quebequés de 1991, art. 1434.

354 Alterini, *Op., cit.*, P. 229 Tomado de: C.C. Italiano de 1942, art. 1374; C.C. quebequés de 1991, art. 1434; Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980, art. 8.3. La adecuación del cumplimiento del contrato *al propósito común, conforme a las expectativas justificadas de la otra parte* (com. al § 205 del *Restatement of Contracts 2nd.*) emana de la idea de que el contratante se obliga en la medida en que genera confianza en la otra parte.

•El derecho del consumo como el nuevo derecho de obligaciones especificado.

entre ellos la protección al consumidor por los contratos de adhesión, lo que le dio cabida a que en la actualidad se interpreten bajo la mirada de la buena fe³⁵⁵.

Restauraciones de la libertad negocial ante la debilidad jurídica

Las normas de Derecho del consumidor, son normas de *iuscogens*, es decir, son normas de orden público. Se refieren al orden público económico de protección, que busca proteger a una de las partes del contrato, siempre procurando el equilibrio interno del mismo, fijando para tal fin, “un mínimo y un máximo de protección”³⁵⁶. Desde la perspectiva de los contratos de consumo, debe tenerse en cuenta que, está de por medio el orden público económico, “sea de protección, sea de coordinación”.

Es así como en este tipo de contratos, se establece un estándar de protección a favor de la parte débil, y esta parte, en palabras de RIPERT, pasa a ser “*dueña del contrato*”, pues “*la otra parte sabe que debe temer todo: será forzada a cumplir si el contrato le resulta desventajoso y no podrá exigir el cumplimiento si tiene interés en el*”³⁵⁷.

En un principio, el derecho del consumidor, logra que renazca el formalismo en los contratos³⁵⁸. Adicionalmente, el derecho del consumidor contribuye a la teoría de los efectos relativos del contrato, pues le otorga efectos a los terceros involucrados en la relación de consumo, es decir, surte efectos para quien efectivamente adquiere o utiliza bienes o servicios, pero también a quien de cualquier manera puede involucrarse o está expuesto en una relación de consumo³⁵⁹, como atrás también quedó sugerido.

De igual manera, en el derecho del consumidor, el consentimiento contractual no es definitivo, un ejemplo de esto se encuentra en la Directiva Europea 97/7, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia. Esta Directiva, le otorga al consumidor un plazo de siete (7) días laborables, para revisar los productos que adquiriera en una venta a distancia, pues señala en las consideraciones

355 Cabrera Peña, Karen Isabel. El derecho de consumo Desde la teoría clásica del contrato hasta los nuevos contratos. Universidad del Norte. Revista de derecho. Barranquilla. N° 35. 2011. P. 69

356 Alterini, *Op., cit.*, P. 343. Tomado de: J. Ghestin, *Traité de droit civil. Les obligations. Le contrat*, París, 1980, núm. 123, P. 116.

357 Alterini, *Op., cit.*, P. 260, 343. Tomado de: G. Ripert, *El régimen democrático y el Derecho Civil moderno*, trad. De J. M. Cajica (Jr.), Puebla, 1951, núm. 144.

358 Alterini, *Op., cit.*, P. 377.

359 Directiva Europea 85/374 sobre responsabilidad civil derivada de productos defectuosos.

que el consumidor, “no tiene la posibilidad real de ver el producto o de conocer las características del servicio antes de la celebración del contrato”³⁶⁰.

La libertad para concluir el contrato

La facultad para realizar un contrato parte del principio de la autonomía de la voluntad, que comprende entre otras: la facultad de celebrar un contrato, de rehusarse a celebrarlo, de elegir la parte con la que se va a contratar, determinar el objeto del contrato, elegir la forma de contrato, sus modificaciones, la cesión del contrato, la forma de terminación del contrato, entre otras. Sin embargo, en el derecho moderno, dichas facultades han sido modificadas por el derecho del consumidor en alguna medida. Es allí, donde la libertad se encuentra restringida, por ser más importante el equilibrio de las partes y la protección del consumidor, que lo que efectivamente se planteó en el contrato³⁶¹.

Hoy día en los contratos no se permite que al consumidor se le imponga el contrato. Tal es el caso de las ventas por correo, cuando el remitente al no recibir confirmación del destinatario, asume el silencio como algo positivo, y envía el producto al domicilio del destinatario, sin que este haya sido solicitado. Para prevenir este tipo de abusos, algunos países han expedido legislación al respecto. Por ejemplo, el decreto francés del 9 de febrero de 1961 incrimina penalmente a quien envía un producto sin que este se le haya solicitado. De igual manera, leyes británicas de 1971 y 1975, estipula además de las sanciones, que quien ha recibido el producto, puede quedárselo considerándolo como un obsequio³⁶².

Otro mecanismo de defensa del consumidor, es el denominado “consentimiento contractual *en ralenti*”, es decir, a marcha lenta. Este consiste en constituir un plazo de reflexión a favor del consumidor, que una vez transcurrido, hace que el contrato sea formado válidamente. Es el caso de *los contratos de otorgamiento de crédito inmobiliario en la legislación francesa, que exige que transcurran diez*

360 Alterini, *Op., cit.*, P. 344.

361 Alterini, *Op., cit.*, P. 375. Tomado de: A. A. Alterini y R. M. López Cabana, La autonomía de la voluntad en el contrato moderno, Buenos Aires, 1989, Pág. 80, Núm. 18.

362 Alterini, *Op., cit.*, P. 376. Tomado de: Houin-Pedamon; Bercovitz.

•El derecho del consumo como el nuevo derecho de obligaciones especificado.

*días antes de que el prestatario pueda aceptar útilmente la oferta del prestamista (Ley del 13 de julio de 1979, art. 7, parte 2)*³⁶³.

Adicionalmente, existe la posibilidad en algunas legislaciones, de que el consumidor disponga de una “cláusula de poderse arrepentir”, que consiste en que por ejemplos en las ventas domiciliarias, o celebradas por teléfono o por correo, dispone el consumidor de diez días en la legislación argentina y siete días en la legislación brasileña, para revocar la aceptación sin que incurra en responsabilidad alguna³⁶⁴.

En Colombia este tipo de cláusulas esta reguladas en el estatuto del consumidor, la ley 1480 del 2011. En su defecto el artículo 47 de dicho estatuto expone el derecho de poderse arrepentir, pero lo denomina, derecho de retracto y opera de la misma forma que en otras legislaciones, sólo para los negocios que se han realizado de manera no convencional, entiéndase celebraciones por medio electrónico, o telefónico. Al respecto el artículo cita:

Artículo 47: En todos los contratos para la venta de bienes y prestación de servicios mediante sistemas de financiación otorgada por el productor o proveedor, venta de tiempos compartidos o ventas que utilizan métodos no tradicionales o a distancia, que por su naturaleza no deban consumirse o no hayan comenzado a ejecutarse antes de cinco (5) días, se entenderá pactado el derecho de retracto por parte del consumidor <sic> En el evento en que se haga uso de la facultad de retracto, se resolverá el contrato y se deberá reintegrar el dinero que el consumidor hubiese pagado (...).

La libertad para configurar el contrato

El principio de la autonomía de la voluntad no es absoluto. Tiene generalmente unos límites que son, por lo menos en Colombia, el orden público y las buenas costumbres³⁶⁵. Es por esto que existen hoy día cláusulas prohibidas, y contratos que son regulados y controlados por la autoridad competente, según el país.

En este sentido, la legislación de cada país, impone unas obligaciones en el curso de los contratos celebrados con consumidores. Dichas obligaciones, se establecen tanto en el ámbito precontractual, como contractual y pos contractual.

363 Alterini, *Op., cit.*, P. 376. (Tomado de: J. Flour, J. L. Aubert, *Les obligations. L'actejurisdique*, Paris, 1986, núm. 187-4.).

364 Alterini, *Op., cit.*, P. 377.

365 Arrubla Paucar, Jaime Alberto. Contratos Mercantiles. 2012.

Como ejemplo de una obligación precontractual, está el derecho a la información, que en términos generales, debe ser, clara, transparente, completa, suficiente, detallada, etc. Como obligación pos contractual puede surgir la de realizar las reparaciones y prestar el servicio técnico necesario. De igual manera, se han asignado a los jueces, algunas facultades, para controlar temas de abuso del derecho, lesión, teoría de la imprevisión, cláusulas penales, y cláusulas abusivas, que se generan mayoritariamente en contratos predispuestos o contratos de adhesión³⁶⁶.

Otro aspecto, ciertamente importante en la libertad de configuración del contrato, son los denominados contratos predispuestos y contratos de adhesión. Los contratos predispuestos son aquellos que no han sido objeto de negociación individual. La Directiva 93/13/CEE, indica que una cláusula no es objeto de negociación individual, cuando el proveedor la redactó, y el consumidor no pudo influir en su contenido (art. 3.2).

En cuanto a los contratos de adhesión, señala el código civil Peruano en el artículo 1390:

Cuando una de las partes, colocada en la alternativa de aceptar o rechazar íntegramente las estipulaciones fijadas por la otra parte, declara su voluntad de aceptar. *Las condiciones generales, según el artículo 1392 del mismo código* “Son aquellas redactadas previa y unilateralmente por una persona o entidad, en forma general y abstracta, con el objeto de fijar el contenido normativo de una serie indefinida de futuros contratos particulares, con elementos propios de ellos.

Un problema que surge con ocasión a estos contratos predispuestos y a los contratos de adhesión, es la posibilidad de que en los contratos, se implementen cláusulas abusivas. La Directiva 93/13/CEE, en el artículo 3.1 señala que una cláusula predispuesta es abusiva, cuando “*ofendiendo la exigencia de buena fe, da origen a un desequilibrio significativo, en detrimento del consumidor, entre los derechos y obligaciones de las partes resultantes del contrato*”³⁶⁷. En el derecho colombiano el artículo 42 de la ley 1480 de 2011, señala que cláusulas abusivas son aquellas que producen un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor y las que, en las mismas condiciones, afecten el tiempo, modo o lugar en que el consumidor puede ejercer sus derechos. Las cláusulas abusivas tienen como efecto que son ineficaces de acuerdo al artículo 43 del mismo estatuto.

366 Alterini, *Op., cit.*, P. 378.

367 Alterini, *Op., cit.*, P. 379.